

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O DIREITO CANÔNICO E A ORDEM JURÍDICA DO BRASIL: DA LEI DA BOA  
RAZÃO AO CÓDIGO DE 1916.

CURITIBA  
2014

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O DIREITO CANÔNICO E A ORDEM JURÍDICA DO BRASIL: DA LEI DA BOA  
RAZÃO AO CÓDIGO DE 1916.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito.

*Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca*

CURITIBA  
2014

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MICHAEL DIONISIO DE SOUZA

O DIREITO CANÔNICO E A ORDEM JURÍDICA DO BRASIL: DA LEI DA BOA  
RAZÃO AO CÓDIGO DE 1916.

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Membro: Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira  
Universidade Federal do Paraná - UFPR

Membro: Prof. Dr. Giordano Bruno Soares Roberto  
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Curitiba, 28 de março de 2014

## **Agradecimentos**

Em primeiro lugar gostaria de agradecer ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGD – UFPR). Os esforços da coordenação, servidores e professores, sem sombra de dúvida, foram essenciais para que todo meu processo formativo fosse possível. Mais do que agradecer, é preciso parabenizar o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná por sua seriedade e empenho, traduzidos em seus eventos e prestígio no meio acadêmico.

Agradeço imensamente meu orientador, Ricardo Marcelo Fonseca, que há sete anos atrás aceitou meu pedido de orientação e ininterruptamente tem me orientado em minha pesquisa. É uma honra poder acompanhar de perto seu trabalho e pesquisa imersos em uma realidade de liberdade, exigência e seriedade. Aproveito para agradecer a abertura e amizade sempre presentes em nossa relação de orientação, pois com elas a vida acadêmica parece ter mais cor e sabor.

Tal agradecimento estende-se a sua família que, sempre de braços abertos, me acolheu e proporcionou momentos de alegrias que a academia sozinha jamais proporcionaria. Agradeço à Angela pelo companheirismo nas disciplinas e nas conversas, e ao João e ao Antonio pelas atualizações no mundo dos desenhos animados.

Meu muito obrigado ao professor Luis Fernando Lopes Pereira que com suas provocações e muito café foi exemplo de professor e pesquisador.

Agradeço muito ao time de historiadores do direito da casa. Todos os amigos historiadores do direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná não só são pesquisadores competentes, como ainda são grandes amigos. Com cada um pude aprender algo que acompanha minha trajetória acadêmica.

Agradeço ao amigo Thiago Hansen por compartilhar comigo sua maturidade acadêmica, à Sônia pela seriedade, à Luíze por estar perto desde o início da graduação, ao Judá pela abertura e papos sobre o sagrado, à Rebeca pela simplicidade, ao Juliano pelas risadas, ao João Paulo pelos incentivos, ao

Walter pelas provocações e risadas e à Danielle pelas muitas ajudas na pesquisa e nas aulas.

Agradeço também aos companheiros pesquisadores de outras áreas que também estiveram presentes em todos os processos do Mestrado. Meu obrigado aos amigos Vitor, Yuri, Juliana, Rafael e Indiara.

Agradeço ao amigo Rogério Tostes pela preocupação comigo e com minha pesquisa em todos os estágios de seu desenvolvimento, além da disponibilidade de ajudar a qualquer momento.

Agradeço à Paula, bibliotecária da biblioteca de ciências jurídicas, pela paciência e dedicação com que tem auxiliado todos os pesquisadores, mesmo aqueles chatos que, como eu, teimam em fazê-la desenterrar velharias.

Agradeço muito minha família pelo apoio e compreensão. Agradeço a meu pai por sempre respeitar minhas decisões, cobrindo-me sempre de incentivos e cuidados, agradeço à minha mãe por sempre se fazer perto, mesmo longe, por sempre estar disposta a cuidar de mim e me escutar, mesmo quando o tema não parece lhe fazer muito sentido. Agradeço às minhas irmãs por sempre estarem do meu lado, mesmo quando eu não quero, mostrando-me diariamente o significado verdadeiro de família.

Agradeço de forma muito especial à Ramise, que me ensinou o verdadeiro significado da palavra companheirismo e por isso merece os créditos por esse trabalho tanto quanto eu. Muito obrigado pelo amor, carinho, ajuda, sorrisos e sonhos. Obrigado também por ver em minha humilde pesquisa algo que se orgulhe. Sinto-me completo ao seu lado e dele jamais quero sair.

Por fim, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, pelo financiamento de meu trabalho, permitindo dedicação exclusiva aos meus estudos e pesquisas

## **Resumo**

A presente pesquisa busca contribuir na compreensão da composição jurídica nacional do século XIX. Focando-se no uso do direito canônico e na relação da Igreja com o Estado, este estudo pretende colaborar com o entendimento sobre o processo de surgimento e amadurecimento do direito e do Estado brasileiro. Marcada por uma clara permanência jurídica, a independência política brasileira deu início à busca de um direito também independente. Esse direito vai se formando em meio a um cenário de disputa, onde havia de um lado o antigo regime jurídico e sua pluralidade jurídica, e de outro lado a modernidade jurídica e seu monismo jurídico. Em meio a essa “rixa”, o direito canônico, bem como a permanência da Igreja nas relações oficiais do Estado, torna-se termômetro de um estado em meio à racionalização e secularização. A exigência moderna de se afastar o direito canônico da vida jurídica tupiniquim teve início ainda no período colonial; contudo, o uso do direito da Igreja e de sua estrutura judiciária continuou existindo, independentemente das reiteradas tentativas de simplificação do cenário jurídico. Nem mesmo a República e sua tentativa de secularização do poder e das relações jurídicas foi suficiente para dar fim ao uso do direito canônico. Com a legislação, doutrina e jurisprudência trazidas pela revista “O Direito”; com a participação do clero nas tomadas de decisões do Império por meio do Senado e com a argumentação de alguns autores da época sobre o uso do direito canônico, foi possível compreender um pouco mais sobre o direito desse período, entendendo melhor a ordem jurídica que continuava a se utilizar do direito canônico, teimando continuar plural em pleno século XX.

**Palavras-chave:** direito canônico; secularização; modernização jurídica; pluralidade jurídica.

## **Abstract**

The research herein seeks to contribute to the understanding of the Brazilian judicial composition in the 19<sup>th</sup> century. Focused on the use of Canon Law and the relationship between the Church and the State, this study aims to collaborate with the understanding regarding the beginnings and maturity of Brazilian law. Characterized by a clear legal permanence, Brazilian political independence also sought independent laws. These laws developed in a disputed environment, where on the one side there was the old judicial regime with its legal plurality and on the other side there was the modern system and its legal monism. In the middle of this dispute, Canon Law, as well as the permanence of the Church in official affairs of the State, became a thermometer of a state amidst rationalization and secularization. Modern demands to distance Canon Law from judicial Tupiniquim life began during the colonial period, although the use of Church law and its legal structure continued to exist, irrespective of the repeated attempts to simplify the judicial scenario. Not even the Republic and its attempts to secularize power and judicial affairs was enough to put an end to the use of Canon Law. With legislation, doctrine and jurisprudence brought about by “O Direito” review; with the participation of the clergy in the Empire’s decision making through the Senate and with argumentation by some authors at that time regarding the use of Canon Law, it was possible to understand a little more about the law during this period, leading to a better understanding of judicial policies that continued to use Canon Law, that persisted in its plurality even into the 20<sup>th</sup> century.

## Sumário

|  |            |
|--|------------|
| <b>1.0 Introdução.....</b>   | <b>9</b>   |
| <b>2.0 Direito e Religião no Brasil Imperial. ....</b>                       | <b>13</b>  |
| 2.1 A complexidade Canônico X Secular. ....                                  | 13         |
| 2.2 Da Lei da Boa Razão até a Constituição de 1824.....                      | 20         |
| 2.3 O Senado Imperial e o Clero.....   | 33         |
| 2.4 Direito privado e Canônico até a República. ....                         | 50         |
| <b>3.0 Direito, Política e religião no apagar das luzes do Império. ....</b> | <b>66</b>  |
| 3.1 A agonia do Império e os novos embates com o poder religioso. ....       | 66         |
| 3.2 Um Direito em mudança. ....  | 80         |
| <b>4.0 Ordem jurídica republicana e Secularização .....</b>                  | <b>93</b>  |
| 4.1 Os ideais da Secularização e o Impulso “modernizador”. ....              | 93         |
| 4.2 A Ordem positiva.....  | 107        |
| 4.3 A Renitência Canônica na República.....                                  | 117        |
| 4.4 Matrimônio e família, a maior resistência canônica na República.....     | 128        |
| <b>5.0 Considerações finais. ....</b>  | <b>141</b> |
| <b>6.0 Referências Bibliográficas .....</b>                                  | <b>144</b> |
| 6.1 Fontes primárias .....   | 144        |
| 6.2 Referências de Apoio.....  | 147        |



## 1.0 Introdução

A busca por compreender a história jurídica brasileira ainda está em aberto. Os séculos passados ainda são cenários a serem desbravados pela historiografia jurídica, que de forma bastante contundente tem se unido para dar conta de tal missão.

No Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná os historiadores do direito, capitaneados pelo professor Ricardo Marcelo Fonseca e pelo professor Luís Fernando Lopes Pereira, levam a missão de desbravar a ordem jurídica brasileira dos séculos XVIII e XIX com bastante seriedade.

Quase como um time, os muitos trabalhos historiográficos produzidos somam-se e se ajudam na compreensão do cenário jurídico brasileiros dos séculos XVIII e XIX. Não por acaso neste trabalho foram usadas várias ideias trazidas por textos de colegas. Graças aos trabalhos já feitos, é possível avançar em temas e em propostas de pesquisa.

Dentro dessa realidade de cooperação e construção o presente trabalho busca auxiliar na compreensão do uso do direito canônico na história jurídica brasileira. Longe de esgotar o tema, o que o trabalho pretende é identificar a presença do direito canônico na cultura jurídica brasileira, principalmente no Brasil Independente.

Por herança do direito comum europeu, a composição jurídica brasileira na época da colonização era composta por “muitos direitos”, inclusive pelo direito canônico. O direito da Igreja era necessário para a composição da justiça, além de ser o responsável por muitos dos institutos jurídicos utilizados pelo povo.

A ascensão das ideias iluministas, o fortalecimento da confiança do homem em sua razão e a construção de um Estado moderno, representante único do homem e por isso capaz de expressar juridicamente suas vontades, choca-se com o cenário jurídico plural existente.

A exigência de que o Estado fosse o único emanador do Direito aliado a necessidade de secularização do Estado fizeram com que o direito canônico

fosse considerado um direito desnecessário à composição de justiça, que não deveria mais fazer parte das relações oficiais.

Acontece que esse choque entre a ordem jurídica plural e as ideias modernas não se deu no Brasil através de um ato de ruptura; ao contrário, da primeira tentativa de se afastar o direito canônico das relações oficiais até a instalação de uma realidade jurídica em que o direito canônico realmente não fosse mais utilizado se passaram mais de cem anos. Isso significa que de 1769, com a Lei da Boa Razão, até a promulgação de Código Civil de 1916 é possível encontrar a utilização do uso do direito canônico pela doutrina e jurisprudência nacional.

Tal permanência ocorre por um conjunto de fatores próprios do Brasil. Após a independência, com a manutenção constitucional da Igreja Católica como religião oficial do Império, os desenvolvimentos do Estado e da Igreja ocorrem de formas bem características. Igreja e Estado no Império brasileiro são fortes aliadas e se ajudam a se desenvolverem e alcançarem seus objetivos mutuamente.

Para tentar compreender um pouco esse cenário de cooperação entre Estado e Igreja este trabalho analisou a participação do clero no parlamento brasileiro, mais especificamente no Senado. Graças ao número reduzido de sessões e de parlamentares, inclusive clérigos, foi possível analisar todas as participações de religiosos nos mais de 70 anos de Império no Brasil.

A análise dos temas debatidos no Senado Imperial, bem como a participação clerical na produção legislativa do Brasil, auxilia na compreensão da relação Estado e Igreja de 1822 a 1889. As falas e participação clerical no Senado Imperial parecem acompanhar a relação entre Império e Igreja, de tal forma que quanto mais tranquila estava a relação entre Estado e Igreja, mais os parlamentares religiosos participavam; quanto mais conturbada estava a relação entre os entes, menos intervenções eram feitas pelos senadores clérigos.

Embora importante, em uma época em que a hierarquia entre Política e Direito era inexistente, não basta apenas analisar a relação política entre Estado e Igreja para entender a relação jurídica. Por isso, é a análise da ordem jurídica que pode fornecer dados sobre o uso do direito canônico no Império, e posteriormente na República.

É o uso que o ensino jurídico, que a doutrina e que a jurisprudência fazem do direito canônico que mais importa nesse Trabalho. Como o período estudado é bastante extenso, a metodologia de seleção das fontes de doutrina e jurisprudência mostra-se complexa. Selecionar fontes suficientes para reconstruir a ordem da época, levando-se em consideração o tempo que se tem e evitando a condução dos resultados, é uma tarefa difícil.

Para possibilitar a análise de um período vasto e impedir a escolha tendenciosa de fontes, o uso de um veículo da época que permitisse a análise de todo o seu material impediria tais problemas, uma vez que as escolhas de quais textos usar já haviam sido feitas. Por isso, a revista “O Direito” foi utilizada como principal fornecedora da doutrina e jurisprudência utilizada na pesquisa.

O periódico jurídico é uma boa fonte de pesquisa, pois revela importantes dados sobre a doutrina e jurisprudência daquele momento, selecionadas na época. A revista surgiu na segunda metade do século XIX e foi editada até março de 1913 e atravessou parte do império e da República brasileira. Essa revista traz em seu interior as tensões jurídicas do período, bem como a circulação das ideias e apropriações culturais. Além disso, ela permite ter acesso a textos de grandes juristas brasileiros como Antônio Rebouças, Teixeira de Freitas, Coelho Rodrigues, Lafayette Rodrigues Pereira, Tobias Barreto, Ruy Barbosa, Clóvis Beviláqua, Carvalho de Mendonça, Macedo Soares, dentre outros.

Com a análise da relação entre Estado e Igreja, de todos os volumes da revista “O Direito” e de outros livros da época foi possível compreender melhor o uso do direito canônico na vida pré-codificada<sup>1</sup> do Brasil. Mais do que simplesmente atestar a renitência do direito canônico, este trabalho busca compreender como e porque o direito canônico era usado. Essa análise mais material do uso do direito canônico e suas estruturas torna-se ainda mais importante após a separação entre Estado e Igreja.

Desse modo, o presente trabalho busca através da análise do uso do direito canônico compreender como um direito que não mais deveria ser usado desde 1769 em questões que não envolvessem fé e não deveria mais ser

---

<sup>1</sup> Pré Código Civil.

utilizado de forma alguma após 1889, foi aplicado, pelo menos, até a edição do Código Civil de 1916.

Para isso, no primeiro capítulo, buscar-se-á explicar a complexidade da relação entre direito canônico e secular. Além disso, nesse capítulo, a relação política e jurídica do Brasil Imperial é introduzida, buscando-se compreender o ambiente que manteve a religião católica como religião oficial. Já o segundo capítulo é o fim do Império que interessa. Em um ambiente mais tenso entre Igreja e Estado, política e direito sofrem reações e a união política e jurídica do Império Brasileiro com a Igreja Católica começa a dar sinais de desgaste.

Por fim, no terceiro capítulo, é a ordem jurídica republicana o centro da pesquisa. Foi na República que o Estado brasileiro buscou secularizar-se, bem como secularizar sua política e direito. Esse último capítulo busca entender como a ordem jurídica reagiu a essa tentativa de ruptura e como essa ordem se reestruturou depois dela.

## 2.0 Direito e Religião no Brasil Imperial.

### 2.1 A complexidade Canônico X Secular.

A complexidade envolvendo o Direito Canônico e o Direito Secular remonta do início da organização desses direitos. Para entender os embates criados pela separação destes dois direitos, é preciso antes entender suas dependências, pois elas são responsáveis, também, por tão complicadas separação e disputas.

Para isso se faz necessária uma boa contextualização do meio no qual essa relação teve início, o medievo. Foi na Idade Média que o direito canônico “*nasceu, se nutriu, amadureceu e se definiu*”<sup>2</sup> e a relação entre ele e o Direito secular teve início.

A relação entre Igreja e Estado também é peça fundamental para entender essa ligação. A religião que a partir do século IV tornou-se religião oficial do Império Romano trouxe consigo toda uma gama de conceitos e ordens. Em razão de sua origem hebraica, o cristianismo trouxe consigo os mandamentos do povo hebreu, além de retirar das sagradas escrituras muitas regras a serem seguidas. Os cânones extraídos do “*Velho e nome Novo Testamento, (foram) apresentados aos fiéis como receptáculos da palavra de Deus. Estes textos compõem a ius divinae constitutionis*”,<sup>3</sup> ou simplesmente *Ius Divinum*.<sup>4</sup>

Este Direito Divino era o centro, o núcleo máximo do direito canônico. Por ser retirado dos mandamentos e das lições bíblicas, tornou-se a base de todo o direito canônico, “*o mais alto princípio do Direito*,”<sup>5</sup> ainda mais tendo em vista que desse Direito derivavam tantos outros direitos importantes para a convivência humana.

---

<sup>2</sup> SARTORI, Karina. Formação e codificação do direito canônico na Idade Média. In: LUPI, João; DAL RI JUNIOR, Arno (orgs). Humanismo Medieval: caminhos e descaminhos. Ijuí: Unijuí, 2005. p 211

<sup>3</sup> Ibid. p. 200.

<sup>4</sup> BERMAN, Harold J. Direito e revolução, *A formação da tradição Jurídica Ocidental*. São Leopoldo: Unisinos, 2006, P. 181.

<sup>5</sup> H. COING, Apud GROSSI, Paolo. *Aequitas Canonica*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 27. Tradução Livre, Milano, Dorr. A. Giuffrè: 1998. P 392.

Para além do direito extraído das sagradas escrituras, com o passar do tempo, a Igreja Católica passou a editar novas regras através de seus líderes – os bispos, com destaque especial para o bispo de Roma, o Papa. Essas regras foram se avolumando, com o surgimento gradativo de mais regras e recomendações para os cristãos.

Quando essas recomendações e regras passam a existir em demasia e suas tantas direções fazem não ser mais possível identificar com facilidade o correto a se fazer, surge, ainda no século XII, uma compilação que buscava, por meio das práticas escolásticas, descobrir o certo a se fazer em meio a tantos cânones. Conhecido como *“Uma Concordância de Cânones Discordantes”*<sup>6</sup>, tratou-se de uma *“consolidação de um imenso complexo de fontes heterogêneas e muitas vezes discordantes em uma compilação orgânica e unitária”*<sup>7</sup>.

Fruto de seu tempo, esse trabalho foi organizado da seguinte forma,

*“Graciano de desenvolvimento a sua ação priorizando as fontes provenientes da Sagrada Escritura e dos Cânones Apostolorum, os livros oficiais da Igreja (...); cânones conciliares orientais e ocidentais, ecumênicos e locais, europeus e africanos, Cartas de Papas e obras dos Padres da Igreja e de escritores eclesiásticos, como Agostinho, e ainda muitas fontes leigas, como o Código Teodosiano e a compilação de Justiniano”*<sup>8</sup>

Esse livro, por muitos chamados de primeiro Código de Direito Canônico, não era oficializado pela Igreja Católica, *“permanecendo privado”*<sup>9</sup>, mas devido ao seu brilhantismo e utilidade – além de uma natural pluralidade jurídica medieval que permitiu seu uso –, foi largamente utilizado até mesmo pela hierarquia da Igreja, sendo uma forte *“pilastra da consciência medieval”*<sup>10</sup>. A força e o uso da obra de Graciano, mesmo sem a aprovação ou oficialização pelo poder da Igreja, evidenciam outra característica do medievo: o crédito era

<sup>6</sup> CAVANNA, Adriano. Storia del diritto moderno in Europa: *le fonti e il pensiero giuridico*. Milão: Dott. <sup>a</sup> Giuffrè, 1982. Tradução livre. P 80 e 81.

<sup>7</sup> Ibid. Tradução livre, p. 80.

<sup>8</sup> SARTORI, 2005, P 203.

<sup>9</sup> Ibid. p. 204.

<sup>10</sup> CAVANNA. 1982. Tradução livre, P. 78

dado aos textos não por sua autoridade, mas sim por sua contribuição à justiça<sup>11</sup>.

A partir desse momento, o Direito Canônico ganha destaque por ser “o único ordenamento normativo para toda a cristandade”<sup>12</sup>, e se torna “o primeiro tratado jurídico abrangente e sistemático da história do Ocidente”<sup>13</sup>. Esse decreto “abriu novos e amplos horizontes metodológicos à ciência jurídica canônica conquistando um prestígio imenso e tornando-se objeto de ensino universitário, bem como de uma grande literatura canônica”<sup>14</sup>.

Longe de ser um Código, como aquele fruto das aspirações burguesas, o trabalho de Graciano não continha leis, mas sim recomendações e conclusões sobre os cânones existentes.

Mesmo que se possam encontrar recomendações escritas, não eram normas gerais a serem aplicadas como as leis modernas viriam a ser. Primeiramente, porque a mentalidade da época não permitia que se atribuísse a um texto a força normativa que a modernidade lhe atribuiu; segundo, porque dentro da doutrina canônica medieval havia uma grande preocupação com o caso concreto. Chamada de *aequitas canonica*, este instituto jurídico sobre o Direito se preocupava em primeiro lugar com a aplicação individual dos cânones e somente depois atribuía força de obrigação aos textos.

Segundo Paolo Grossi, “podemos definir a equidade canônica como a justiça do caso concreto, mas em um sentido totalmente particular e peculiar: que olha para o indivíduo pecador, trazendo a exigência irreprimível de evitar a desordem do pecador, afastando sua salvação eterna”<sup>15</sup>.

Deste modo, não era na força vinculante da síntese que residia o avanço em se ter as compilações, mas na própria síntese dos cânones, cujo papel estava a serviço do trabalho prestado pelo próprio Direito, qual seja, contribuir na salvação do indivíduo. Contudo, a forma ou a afirmação não poderiam, nunca, sobressaírem-se à necessidade do caso concreto, de tal sorte que, se o

---

<sup>11</sup> GROSSI, Paolo. Mitologias jurídicas da modernidade. Florianópolis: Boiteux, 2ª ed., 2007. P.38.

<sup>12</sup> Ibid. Tradução livre p. 78

<sup>13</sup> BERMAN, 2006, p. 181

<sup>14</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, P. 81

<sup>15</sup> H. COING, Apud GROSSI. 1998, P 390

cânone, quando aplicado, atrapalhasse o indivíduo na busca de sua salvação, deveria ser afastado. Aqui se encontra a forte característica do *ius commune*, qual seja, a “*disponibilidade de sacrificar a rigidez das formas a fim de que o direito seja ordenamento adequado e não restrito*”.<sup>16</sup>

Para entender o poder atribuído ao texto de Graciano, é preciso ter em mente a forma como era lido. Chamada de *interpretatio* medieval, a interpretação jurídica do medievo merece atenção devido a toda a amplitude de seu significado. Contextualizando,

*“O direito comum se encarna e se identifica na interpretatio. O que quer dizer duas coisas: que tem uma dimensão essencialmente científica, é produto da ciência: que a ciência, enquanto interpretatio, não o produz sozinha, fantasiando, mas elabora a partir dos fundamentos e presa a um texto de autoridade. O direito comum se expande e combina-se sempre em dois momentos incindíveis, o momento de validade representado pelo Corpus iuris civilis e pelo Corpus iuris canonici, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e somente secundariamente judicial e notarial). A ciência jurídica em questão não é pensável sem o texto a interpretar, mas o texto não pode ser considerado senão como uma insubstituível referência formal. Não esqueçamos que a interpretatio é declaração, mas também integração, correção, modificação do texto, e que ela tem dois objetos diante de si: formalmente o texto, substancialmente os fatos. Ela é, portanto, mediadora entre os dois. Nestas vestes, é criativa e construtora de direito”*<sup>17</sup>

<sup>16</sup> GROSSI, Paolo. Primeira Lição Sobre Direito. Rio de Janeiro. Forense, 2006, P. 47.

<sup>17</sup> GROSSI, apud. CAPPELLINI, Paolo. Direito Comum. Espaço Jurídico. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/425/174> Acesso em: 14/07/2011. p. 81 e 82.



É nesse cenário, com a crescente influência das compilações de Graciano, que, segundo Adriano Cavanna, surgem os dois maiores problemas políticos daquele tempo: *“a questão da relação entre o império e a Igreja e da recíproca relevância dos dois ordenamentos normativos, civil e canônico”*<sup>18</sup>.

Como os dois ordenamentos tendiam à universalidade dessa ordem jurídica, começaram a surgir teorias sobre o papel de cada uma delas no ordenamento. A conclusão demonstra um tempo jurídico totalmente distinto do contemporâneo, pois a própria ideia de universalismo era diversa à ideia de universalismo moderno.

Vale frisar que desde o início da organização do direito canônico e da redescoberta do direito romano o questionamento sobre o papel do direito canônico e do direito secular esteve presente. Não é por acaso que mesmo no final do século XIX brasileiro ainda se questionava o início e o fim da atuação de cada direito.

A conclusão sobre esse impasse durante o medievo foi que havia um *“ordinatio ad unum entre os dois ordenamentos supremos, eram dois poderes mas independentes e soberanos, cada um com sua própria e distinta iurisdictio e produtos respectivos de dois corpos normativos, canônico e civil”*<sup>19</sup>.

A organização de ambos os direitos se deu em completude do outro, *“o direito canônico não teve a intenção de regulamentar isoladamente a conduta humana. Esta tarefa sempre foi compartilhada com o jus civile.”*<sup>20</sup> Desse modo, existe uma necessidade destes dois ordenamentos universais e independentes entre si, separados por *iurisdictio* diversa, mostrando como a pluralidade fazia parte da mentalidade medieval. Ora, ao afirmar que a convivência destes dois ordenamentos era possível *“porque diversa é a esfera de atuação dos dois sistemas de norma, uma temporal e uma espiritual”*<sup>21</sup>, Cavanna evidencia uma sociedade inteiramente construída sobre os mesmos conceitos, sobre a mesma ordem. Isso porque, para que se admita a necessidade de outro ordenamento, é preciso admitir que seu ordenamento – seja o canônico ou o civil – não se basta em si mesmo, não é completo a todos os acontecimentos. E, mais ainda,

---

<sup>18</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, p. 54

<sup>19</sup> Ibid. Tradução Livre. p. 54

<sup>20</sup> SARTORI, 2005. p. 211.

<sup>21</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, p. 55

ao se admitir *iurisdictio* diverso, sendo um temporal e o outro espiritual, faz-se necessária a concordância entre a existência e a função daquilo que se chama temporal e o que se designa espiritual. Por esse motivo, Cavanna afirma que “a concessão unitária dos dois direitos se alimentava através de uma consideração integralmente cristã da existência do homem”<sup>22</sup>, sendo essa consideração que permitia o acordo sobre a existência e utilização do direito.

Torna-se, então, possível perceber como era complexo o ordenamento jurídico devido à coexistência do direito civil e do direito canônico – sem contar os direitos locais –, o que também demonstra a complexidade do cenário político/cultural, uma vez que neste campo não havia somente uma autoridade, pois encontrávamos além das autoridades temporais também as autoridades espirituais. Isso nos mostra que, embora a Idade Média traga a divisão entre direito civil e canônico, essa divisão não era absoluta, sendo necessário ter em mente que o direito canônico influenciou o direito civil mesmo quando ambos eram os ordenamentos jurídicos máximos existentes. As trocas de insígnias e símbolos demonstram que, a despeito da referida divisão, o direito civil tinha um pouco de direito canônico e vice-versa.

No campo jurídico, “esta indissolúvel coordenação, esta ideia de uma superior conciliação (também chamada pelos canonistas de *specialis coniunctio*), foi designada pelos juristas medievais mediante a célebre expressão *utrumque ius*”<sup>23</sup>, o uso do direito canônico e direito civil dentro do *ius commune*.

Essa relação entre o direito civil e canônico, chamado *utrumque ius*, ajudou a consolidar o direito dos cristãos. Se analisarmos a ordem jurídica da época, poderemos ver que o direito canônico tinha muito poder por ser fundado nas sagradas escrituras. Além disso, o direito canônico trazia algo de diferente em relação ao direito romano: o poder de renovação e mudança que se dava através dos concílios e dos decretos.

Longe de haver uma intenção de se afastarem ou de se anularem, foi justamente a relação entre o direito canônico e o direito romano que fortaleceu o uso de ambos os direitos, sendo que o direito canônico foi “consolidado pelo

---

<sup>22</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, p. 79

<sup>23</sup> Ibid. Tradução Livre. p. 55

*encontro da técnica romana com os princípios teológicos*”.<sup>24</sup> Além disso, segundo Adriano Cavanna, ao aplicar os princípios da teologia moral, os canonistas acabavam por fazer o que seria a continuação do direito romano<sup>25</sup>. Assim, a própria vivência do medievo acabou por aproximar e consolidar o uso e o enraizamento desses dois direitos, fazendo surgir o chamado processo romano-canônico.

Esse, talvez inconcebível, sistema híbrido denota, mais uma vez, a realidade de um período pré-moderno plural, e a explicação dada este sistema, segundo as lições de Cavanna, é a seguinte:

*“A este rito judiciário (existente a partir do século XII) se dá verdadeiramente o nome de processo romano-canônico: romano por uma parcial terminologia, pela recorrência as fontes giustinianeias, as quais, do século XII em diante, derivaram os conceitos fundamentais: canônico pela notável inovação proveniente das disposições pontifícias(...)”*<sup>26</sup>.

Mas a relação entre esses direitos começa a ser abalada, havendo exigência de que essa “parceria jurídica” se encerrasse em prol de um Direito fruto unicamente do Estado.

Ao ser questionado qual deveria ser o lugar da Igreja em relação ao Estado, houve, ainda no século XVII, no meio canônico, quem defendesse que a Igreja, enquanto um tipo de associação privada, devesse se submeter à jurisdição do Estado.<sup>27</sup> No entanto, este entendimento nunca teve muita força no meio jurídico canônico. A própria escola de Wurzburg, *“sob a influência de um patrimônio de pensamento iluminista”*<sup>28</sup> discordava deste posicionamento, e tratou de dar a resposta a isso afirmando que a Igreja era uma Res publica sacra, diferente do Estado e independentemente dele.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, p. 83

<sup>25</sup> Ibid. Tradução livre. p.84 e 85

<sup>26</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, P. 86

<sup>27</sup> Samuel Von Pufendorf (1632-1694) concebia a Igreja como *societas aequalis*, submetida, assim, a jurisdição do Estado (GEROSA, Libero. A interpretação da lei na Igreja: *Princípios, paradigmas e perspectivas*. São Paulo: Loyola, 2005).

<sup>28</sup> GEROSA, 2005, p. 42.

<sup>29</sup> Ibid. p.42.

Tais exigências de modificação do cenário jurídico também ocorreram no Brasil, e as tentativas, bem como permanências, aqui verificadas são conteúdo importante deste trabalho, sendo tratadas durante todo o texto.

## 2.2 Da Lei da Boa Razão até a Constituição de 1824.

Dentro da cultura ocidental, a herança da teologia política medieval também esteve presente em terras brasileiras, fazendo com que se confundisse, ou não se separasse, a ideia de poder terreno (do rei) e de poder divino (da Igreja) durante séculos<sup>30</sup>.

Durante o período colonial brasileiro não só o Direito, como também o poder político, confundiam-se entre Coroa e Igreja. Não é por acaso que Arno Wheling afirma que para se analisar o período colonial do Brasil é preciso explorar primeiramente os referenciais religioso e político, pois também em terras brasileiras eles em grande medida se confundiam.

No campo jurídico, uma breve análise nos referenciais mostra um Direito múltiplo, com fontes e poderes pulverizados em vários pontos da sociedade, sendo a multiplicidade de direitos um traço característico da América Portuguesa<sup>31</sup>.

Como grande obra jurídica do poder real havia, no início do século XVI, as Ordenações Afonsinas – posteriormente substituídas pelas ordenações manuelinas (1514 – 1603) e por fim pelas Ordenações Filipinas (1603 em diante) –, que mostravam claramente a complexidade da leitura de mundo daquele tempo.

---

<sup>30</sup> Durante o medievo a justificação do poder, bem como o modo de sua execução, tomou páginas e mais páginas de escrita dos estudiosos. Dentro da busca pela compreensão sobre poder, a teologia e a política eram grandes caminhos a serem percorridos e que levariam a sociedade a bem entender e executar o poder. Em um brilhante livro sobre o tema Ernst Kantorowicz afirma que existiram “*infinitas inter-relações entre a Igreja e o Estado, ativas em todos os séculos da Idade Média, produziram híbridos em ambos os campos. Empréstimos e trocas mútuas de insígnias, símbolos políticos, prerrogativas e honrarias sempre se realizaram entre os líderes espirituais e seculares da sociedade cristã.*” KANTOROWICZ, Ernst H. Os dois corpos do rei: *um estudo sobre teologia política medieval*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 125.

<sup>31</sup> “*mesmo considerando as altas culturas na América, seu traço histórico mais distintivo é a multiplicidade, uma vez que, no início do século XVI, quando se iniciou as conquistas, haviam ocorrido sucessivas dominações de povos, justapondo-se experiências jurídicas que correspondiam a situações históricas diversas.*” WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. *Formação do Brasil Colonial*. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed, 2005, p. 16.

*“Quando nosso Senhor Deos fez as criaturas assim razoaveis, com aquellas, que carecem de razom, non quis que duas fossem iguais, mas estabeleceo, e hordenou cada hua sua virtude, e poderio de partidos, segundo o grao em que as pôs: bem assy os Reys, que em logo de Deos na terra som postos a reger e governar o povoo nas obras ham de fazer, assy de Justiça, como de graça, ou mereces devem seguir o exemplo daquello, que elle fez, e hordenou, dando, e distribuindo nom a todos por sua guisa, mais a cada hum apartadamente, segundo o grao e condiçom, e Estado de que for”<sup>32</sup>*

Tal passagem mostra que a ideia de sociedade como corpo era algo forte. Mesmo nas Ordenações posteriores é possível verificar a coletivização, tipicamente medieval, presente. Foi assim durante outros séculos também, de tal maneira que se pode afirmar que *“até o século XVIII, o direito Português estava inserido na sociedade estamental”<sup>33</sup>*.

*“O objetivo desse corpo legal, portanto, não deve ser confundido com o movimento codificatório do século XIX, que reduziu ao Estado, um ente estranho e superior à sociedade, o poder de legislar, de conformar por meio da lei. De modo geral, as Ordenações tinham as seguintes características: assistematicidade; abertura e reconhecimento de outras fontes jurídicas, especialmente, aos costumes; normas dirigidas a organização do reino e não a vida privada da população; normas que não representavam a vontade do soberano, mas a razão natural”<sup>34</sup>*.

A inserção em um mundo pré-moderno fez com que essas Ordenações jamais tivessem pretensão de monopolizar a produção do Direito, bem por isso as Ordenações conviviam com outras fontes jurídicas de forma bastante harmoniosa. Sendo assim, *“além das ordenações, vigiam no Brasil colonial as*

---

<sup>32</sup> Ordenações afonsinas.p. 120.

<sup>33</sup> WEHLING, 2005, p. 303.

<sup>34</sup> ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. A almotaçaria e o direito na vila de Curitiba (1737-1828). Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011. p. 76

*normas do direito canônico, do direito romano (subsidiariamente nas decisões judiciais), a jurisprudência metropolitana e colonial, e os costumes*”.<sup>35</sup>

A relação entre as Ordenações e o Direito Canônico no Brasil será discutida ao longo de todo trabalho; contudo, é possível adiantar que essa relação teve como influência a experiência medieval. Chamada de *iurisdictio*, essa relação dava o papel de atuação do direito civil e do direito canônico na ordem jurídica, distribuindo a cada um a possibilidade de busca da justiça em seu campo de atuação, mas essa divisão também englobava o poder jurídico local, dando-lhe força para perseguir o que era justo. Como diz Pietro Costa:

*“Iurisdictio é a posição de poder de um sujeito ou um ente, enquanto dotada de iurisdictio, uma cidade, pode organizar-se juridicamente, dotar-se de um ius proprium, fazer justiça. Certamente o poder supremo, a iurisdictio pleníssima, é do imperador. A iurisdictio, entretanto, não é uma totalidade exclusiva, mas uma cadeia composta por muitos anéis. Se apenas o imperador possui a plenitude do poder, isto não impede que entes hierarquicamente inferiores disponham de uma sua iurisdictio, de uma esfera de autonomia que coincide com as efetivas capacidades auto-ordenantes do ente singular”*.<sup>36</sup>

Nessa relação entre os Direitos que faziam parte da ordem jurídica brasileira, o Direito Canônico, enquanto Direito da Igreja Católica, era peça importantíssima na composição da justiça, *“especialmente em assuntos de família”*<sup>37</sup>. Mas para além da composição do *ius commune*, a influência do direito canônico se deu porque *“(...) de todos os poderes que então coexistiam, a igreja é o único que se afirma com bastante eficácia desde os âmbitos mais humildes, cotidianos e imediatos -como as famílias e as comunidades – até no âmbito internacional (...)”*<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> WEHLING, 2005, p. 313.

<sup>36</sup> COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 129.

<sup>37</sup> WEHLING, 2005, p. 303.

<sup>38</sup> HESPANHA, António Manuel. *O Direito dos Letrados no Império Português*. Florianópolis: Boiteux, 2006. p.187

Em um período no qual o direito é produto das relações sociais, estar presente em todas as camadas da sociedade dá força às suas conclusões e definições. O direito tinha de expressar aquilo que a comunidade entendia por justiça e, como a comunidade era fortemente cristã, *“a justiça não poderia deixar de ser concebida como uma expressão da vida social e política permeada de religiosidade”*<sup>39</sup>.

Embora seja possível afirmar que a secularização atingiu a vida das Igrejas cristãs já no século XVII, causando impactos visíveis na relação trono altar<sup>40</sup>, até o século XVIII a cultura colonial *“foi dominada pelo espírito classicista, jesuítico e escolástico transplantado para o Brasil a partir do modelo ibérico”*.<sup>41</sup> Diz-se até o século XVIII, pois neste século inicia-se uma movimentação em prol de mudanças culturais e políticas na metrópole e nas colônias portuguesas. É o “despotismo esclarecido” pombalino que buscava alterar, por meio da razão, a realidade jurídica existente.

Sebastião José de Carvalho e Melo, primeiro Conde de Oeiras e Marquês de Pombal, foi ministro e braço direito do Rei José de 1750 a 1777, *“tendo sido responsável por uma nova visão do papel do Estado e do revigoramento da política mercantilista monopolista, com maior centralização administrativa, controle do orçamento, da polícia e da Justiça”*<sup>42</sup>. Espelhando-se em países “mais civilizados”, Marquês de Pombal almejava colocar Portugal, e consequentemente o Brasil, nos trilhos da modernização e progresso.

Não por acaso, as ações de desenvolvimento que tornavam Portugal um país mais culto fortaleciam cada vez mais o poder do Estado, indo de encontro com as pretensões modernas, laicizando o Estado e contribuindo para o monismo jurídico.

A atitude de Pombal, bem como de todos aqueles influenciados pela proposta de modernização, causava grande impacto na relação entre Estado e

---

<sup>39</sup> WEHLING, 2005, p. 27.

<sup>40</sup> GOMES, Edgar da Silva. A dança dos poderes: uma história da separação Estado – Igreja no Brasil. São Paulo: D'escrever, 2009. P. 2.

<sup>41</sup> WEHLING, 2005, p. 286.

<sup>42</sup> MOTA, Carlos Guilherme. In: FERREIRA, Gabriela Nunes e MOTA, Carlos Guilherme. Os juristas na formação do estado-nação brasileiro. Do século XVI a 1850. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. p. 53.

Igreja. O anticlericalismo e a busca por secularização trouxeram fortes estranhamentos entre Estado e Igreja.

*“[...] a igreja Católica rejeitava a teoria laica do progresso e da perfeição humana por uma razão política, que se confundia com a questão doutrinária [...] É um fato histórico que os séculos XVIII e XIX foram marcados por uma luta [...] da Igreja Católica para se manter institucionalizada em face dos problemas que vinha enfrentando no âmbito da filosofia e política [...] Os desdobramentos da longa revolução burguesa, seja através da perseguição anticlerical [...] seja pela consolidação das filosofias racionalistas que procuravam explicar o mundo eliminando irrevogavelmente o catolicismo, como qualquer outro teologismo [...] se dizia na França por volta de 1800 que “o pontificado atual era do papa Pio VII e último”. [...] Estava posta portanto a questão política: os demiurgos da modernidade para quem a Igreja católica era uma sobrevivente reacionária que deveria desaparecer com o que restava da idade Média. [...] a Igreja Católica, que identificava a modernidade e seus construtores ao Mal”<sup>43</sup>*

Para Hespanha, o período pombalino teve a influência:

*“do textualismo (=anti doutrinarismo, digitum ad fontes intendere) do humanismo; da sistemática do racionalismo; das novas ideias sobre a função do direito romano da escola alemã do usus modernus pandectarum; do individualismo e do contratualismo das escolas jusracionalistas, com grande influência na reconstrução de muitos sectores do direito privado; das inovações, sobretudo em matéria de direito público e ciência da administração, da cameralística alemã e do humanitarismo italiano em matéria de direito e processo penal”<sup>44</sup>*

A primeira grande mudança que abalou a relação entre o Estado e a Igreja no período pombalino foi a expulsão dos jesuítas e a reforma do Ensino. Essa reforma atingiu desde os “ensinos menores” até as universidades. Segundo as ideias iluministas pombalinas era preciso purificar a atuação do Estado, seja na política, seja no Direito. A nova visão proposta por Marquês de

<sup>43</sup> MANOEL, Ivan Aparecido. *O pêndulo da história: tempo e eternidade no pensamento católico (1800-1960)*. Maringá: Eduem, 2004.

<sup>44</sup> HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Florianópolis: Boiteux, 2009 (a), p. 338.



Pombal buscava afastar a Igreja e seu direito do dia a dia jurídico da Metrópole e da América portuguesa.

Na faculdade de Direito a reforma buscou afastar textos que reforçassem as bases plurais da cultura jurídica<sup>45</sup> comuns até o momento. Os novos textos base davam mais peso aos escritos que condiziam com a “evolução” que o Estado vinha sofrendo<sup>46</sup>. O que ocorreu foi a substituição da lógica e dos métodos dos jesuítas por livros inspirados em doutrinas mais recentes<sup>47</sup>, ou seja, mais “racionais”.

Um Estado que pretende ter o monopólio do Direito e da justiça precisa formar quadros que possam pensar esse Estado e preencher as necessidades de administração que esse Estado passaria a ter. A reforma do ensino tinha justamente essa finalidade, criar quadros profissionais que ajudassem Portugal a se atualizar e sair do atraso civilizacional em que estava; além disso ajudaria o Estado a lidar com os abusos da Igreja, pois criaria juristas que não subordinariam a ordem jurídica às regras canônicas.

Como bem alertam Arno Wehling e Maria José Wehling:

*“Atente-se para o fato de que a finalidade da reforma pombalina dos „estudos menores” não era atender à população em geral (como era, até certo ponto, a jesuítica e como seria a liberal), mas preparar uma elite necessária aos fins econômicos e políticos desejados*

<sup>45</sup> Esse termo, como muitos termos dentro desse trabalho, está cheio de significado e carrega décadas de discussão, tendo grandes historiadores e historiadores do direito que se debruçaram sobre ele. Assim, com o recorte feito nesse trabalho, bem como a falta de tempo e espaço para adentrar ou explorar a discussão acerca da expressão “cultura jurídica”, nada mais justo do que trazer as conclusões e afirmações feitas acerca do tema por alguns desses autores. Para Wolkmer, “entende-se (...) “cultura jurídica” como a *totalidade das representações padronizadas da (i)legalizadas na produção e na representação das ideias, no comportamento prático dos agentes operantes e nas instituições de decisões judicial, transmitidas e internalizadas no âmbito de determinada formação social*” (Wolkmer, Antonio Carlos. Cenário da cultura jurídica moderna na América Latina, In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (orgs.). História do direito em perspectiva: *do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 203); e de forma mais completa nos ensina Ricardo Marcelo Fonseca que “*a cultura jurídica brasileira é um fato histórico antropológico que se dá a partir dos elementos (humanos, doutrinários, sociais, econômicos, e etc.) presentes na sociedade brasileira dessa época e dentro de aparatos institucionais localizáveis dentro das vicissitudes históricas brasileiras*” (FONSECA, Ricardo Marcelo. Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda metade do século XIX. In: Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, 35, 2006, págs.339/371. p. 340).

<sup>46</sup> HESPANHA, 2009 (a), p. 338.

<sup>47</sup> MOTA, Carlos Guilherme In: FERREIRA, Gabriela Nunes e MOTA, Carlos Guilherme. Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro. Do século XVI a 1850. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 51.

*pelo Estado, através de poucas escolas bem aparelhadas”.*<sup>48</sup>

Mas a criação mais impactante de Marquês de Pombal em relação ao Direito Canônico foi a Lei da Boa Razão. Assinada por D. João I, a Lei da Boa Razão, inspirada pelo despotismo esclarecido de seu idealizador, buscava modificar a composição da justiça, dizendo quais fontes deveriam, ou não, ser usadas para a resolução dos conflitos.

Em meio à pluralidade, com a Lei da Boa Razão o que ocorreu é que um dos entes, o Estado, passou, segundo ele mesmo, a ter mais poder jurídico sobre os outros, *“esvaziando competências que pertenciam aos demais corpos da sociedade”*<sup>49</sup>, quebrando a ordem até então existente.

Sobre a Lei da Boa Razão, afirma Antônio Manuel Hespanha:

*“O exemplo dessa remodelação das fontes tradicionais do direito é, em Portugal, a “Lei da Boa Razão” (19.08.1769), à qual, por isso, não pode deixar de ser conferida o maior significado político. Como se saberá, a Lei tinha por fim modificar, com um súbito radicalismo, o quadro das fontes de direito, tal como resultava das Ordenações do reino, desde o século XV, alterando as hierarquias estabelecidas entre a lei e o direito de origem doutrinal e jurisprudencial.”*<sup>50</sup>

Hespanha traz duas importantes afirmações sobre a Lei da Boa Razão. A primeira é o protagonismo da lei, que deveria ser responsável, por si só, pelas modificações, tornando a administração da Coroa mais ativa, criadora de situações políticas novas. A segunda vem com o uso da palavra “súbito” que demonstra a crença em uma lei que teria o poder de modificar a ordem jurídica rapidamente, pois deveria ser o Estado a dizer quais as fontes do Direito e não a tradição ou o ideário de justiça utilizado até então. Sobre esse tema, afirma Breezy Ferreira que,

*A “Lei da Boa Razão” transferiu a doutrina dos juristas para as mãos da legislação, centralizando, portanto, a atividade legislativa na figura do soberano, dando maior legitimidade ao direito pátrio, nesse caso, o direito*

---

<sup>48</sup> WEHLING, 2005, p. 298.

<sup>49</sup> ARAUJO, 2011, p. 69.

<sup>50</sup> HESPANHA, Antônio Manuel. *Hércules Confundido, Sentidos improváveis e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista: o caso português*. Curitiba: Juruá, 2009 (b), p. 38.

*português (Ordenações e leis esparsas), em detrimento do direito subsidiário, vale dizer, os costumes e o direito romano, que deveriam ser utilizados somente em caso de lacuna da lei, conforme a boa razão, e, ainda, com a supressão das glosas de Acúrsio, comentário de Bártolo e as opiniões dos doutores, bem como a aplicação do direito canônico nos tribunais cíveis, visando, também, direito e juristas a um controle mais estrito da coroa. Tal política desenvolve-se em três fontes de reforma – a da legislação, a do sistema das fontes de direito e a do ensino do direito.”<sup>51</sup>*

Precisamente em relação ao Direito Canônico a Lei da Boa Razão trazia uma resolução importante: em seu item 12, reservou o uso do direito canônico exclusivamente para matéria que trouxesse pecado, excepcionando os casos em que o pecado não apareça às hipóteses em que os Sagrados Cânones determinem o contrário.

*“Com a Lei da Boa Razão (...) a tradição jurídica é sujeita a severa crítica; é reafirmado o caráter apenas subsidiário do direito romano, cuja recepção é sujeita à triagem da “boa razão”; bane-se (...) o direito canônico nos tribunais civis; procura se limitar a competência normativa (assentos) nos tribunais; remete se, em matérias estratégicas na “modernização” da sociedade e do Estado, para a legislação das “Nações cristãs, iluminadas, e pollidas”.”<sup>52</sup>*

Pombal buscou justamente inibir, ou mesmo proibir, o uso de outros direitos que não aqueles vindos da Coroa. No caso do direito canônico, esse ainda poderia ser usado, mas com duas regras: a primeira era nos casos de pecado ou que envolvessem a fé. Fugindo da questão do que se enquadraria ou não em uma questão de fé, é preciso lembrar que a América Portuguesa era fortemente cristã, ou seja, teocêntrica, e se Deus é o centro da vida, talvez quase todos os acontecimentos, se não todos, estariam ligados a questões relacionadas à fé. A segunda regra era que mesmo nos casos de fé ou pecado o cânon não poderia contrariar uma ordem da Coroa, que se mostrava, desse modo, mais forte.

<sup>51</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. Dissertação de mestrado em direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2008. p. 31.

<sup>52</sup> HESPANHA, 2009 (a), p. 338.

Importante lembrar, com essa contextualização, que a Lei da Boa Razão é do final do século XVIII, século esse que, em terras brasileiras, é fortemente marcado pela pré-modernidade nos âmbitos da política e do Direito. A Lei assinada por Dom João I tenta justamente mudar esse cenário jurídico plural. Politicamente *“o resultado foi que a Igreja passou a viver sob duro controle do Estado, até a Inquisição tornou-se serviço do Estado”*<sup>53</sup>.

Essa busca por mudanças na realidade jurídica iniciou o que Arno Wehling chama de segunda fase do Brasil Colonial,

*“A segunda fase, que se estendeu até 1808, foi marcada por um impulso inicial pombalino, antijesuítico, que procurava atualizar Portugal com o século, mas sem abrir mão da centralização política e dos valores tradicionais; logo seria transformado, por influência do pensamento iluminista, em concepções contestadoras da monarquia absoluta, da diferença jurídica entre os estamentos e da relação colonial.”*<sup>54</sup>

Embora muitos possam afirmar que *“a mentalidade racionalista do Marquês de Pombal possibilitou-lhe ombrear na primeira plana de homens de Estado verdadeiramente úteis ao século da ilustração”*<sup>55</sup> e que a legislação criada por ele trouxe *“um espírito aberto para o progresso”*<sup>56</sup>, muitas são as dúvidas sobre o real impacto dessa lei na cultura jurídica brasileira dos séculos seguintes.

No cenário jurídico pré-moderno, a pluralidade era algo arraigado, necessário para o quebra-cabeça chamado justiça. É por isso mesmo que o *ius commune* era marcado pela *iurisdictio*, em que cada direito e cada localidade contribuíam para a formação da justiça. Bem por isso que ao buscar modificar as fontes utilizadas pelo Direito a Lei da Boa Razão acabou por tentar modificar também a composição da justiça.

---

<sup>53</sup> MOTA, 2006, p. 64.

<sup>54</sup> WEHLING, 2005, p. 287.

<sup>55</sup> MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. A legislação Pombalina: *alguns aspectos fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 24.

<sup>56</sup> MARCOS, 2006, p. 12.

Segundo Hespanha<sup>57</sup>, a razão iluminista que avança na sociedade portuguesa reflete, também, o plano político, como acontecia em boa parte da Europa naquela época. Dessa forma, a razão antitradicionalista atenta aos tempos, à Boa Razão moderna do jusracionalismo, e, no caso de Portugal, do pombalismo, aparecem como elementos importantes nesse período de transição, configurando as primeiras gerações revolucionárias que abraçaram, de fato, a ideia de engenharia social a cargo do Estado, agora “Estado-Nação”. Na segunda metade do século XVIII surge a ideia de elevar a lei ao cargo de fonte exclusiva do Direito, implicando uma mudança dramática da arquitetura do sistema jurídico, o que, ainda segundo Hespanha, levou muito tempo para ser aceita dentro do sistema jurídico.

O uso das Ordenações, do direito canônico e do direito romano não se dava somente por influência das instituições que os defendiam, mas porque a ordem jurídica colonial exigia esses direitos para que se alcançasse a justiça.

O que se tem aqui é precisamente a tentativa de ascensão do Estado moderno que, através da legislação pombalina, mesmo em meio a uma ordem jurídica plural, tenta tornar-se o único emanador do Direito. Sendo assim, segundo a história tradicional e sua supervalorização das fontes oficiais, a partir do ano de 1769, com a edição da Lei da Boa Razão<sup>58</sup> e o ambiente

---

<sup>57</sup> HESPANHA, 2009 (a), p. 34-36.

<sup>58</sup> Como exemplo de remodelação das fontes tradicionais do Direito em Portugal temos a “Lei da Boa Razão” de 19 de agosto de 1769. A política pombalina visava submeter o Direito a um controle mais estrito da coroa, política que se fez em três frentes: a reforma legislativa, com um considerável aumento dos textos legais, que teve como escopo transferir da doutrina dos juristas para a legislação régia a regulamentação de questões críticas; a reforma do sistema de fontes de Direito, com o fim à precedência da doutrina e jurisprudência sobre a lei do soberano “Lei da Boa Razão” (1769), que acaba com a relevância do Direito Canônico e reduz fortemente o domínio de aplicação do costume e do Direito Romano e Direito Comum (as fontes do Direito do Reino são agora: os assentos da Casa de Suplicação que são fontes autônomas do Direito; os assentos de outros tribunais, os quais são válidos depois de confirmados pela Casa de Suplicação; os costumes do Reino, desde que não sejam contrários à lei e sejam conformes à “Boa Razão”; e, como direito subsidiário, o Direito Romano, desde que conforme a “Boa Razão”; as Leis das Nações polidas e civilizadas da Europa, assim como o Direito Canônico, apenas nos tribunais eclesiásticos); por fim, a Reforma do ensino (1772), a qual vem confirmar a estratégia de privilégio do Direito Pátrio. Como supramencionado, a Lei tinha por fim modificar, com um sutil radicalismo, o quadro das fontes do Direito, tal como resultava das Ordenações do reino, desde o século XV (Ordenações afonsinas, 1446; Ordenações manuelinas, 1512; Ordenações filipinas, 1604), alterando as hierarquias estabelecidas entre a lei e o Direito de origem doutrinal e jurisprudencial. Dessa forma, com a Lei da Boa Razão, Pombal tentou reduzir ao máximo o Direito ao Direito do Estado. E essa Boa Razão é uma nova razão, são os princípios adotados pelas nações civilizadas, cultas, da Europa, com o objetivo de, através dessa boa razão, atingir a razão completa, o equilíbrio. HESPANHA. Hércules Confundido: sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009(b), p. 36-40.

iluminista capitaneado por Marquês de Pombal, o direito canônico teve seu uso diminuído em nome de uma “Boa Razão”, que dava ao Estado moderno poder e confiança para estar acima das outras fontes do direito.

Tal afirmação parece não levar em consideração o grande peso da tradição jurídica de séculos e o pouco peso da novidade legal iluminista. Mas independente de uma resposta definitiva do sucesso, ou não, da busca pelo afastamento do uso do Direito Canônico, a complexidade jurídica da época aponta para um lado diferente, qual seja, da perpetuação da cultura jurídica tal qual a tradição havia ensinado.

Isso não significa que a Lei da Boa Razão, ou mesmo a mentalidade iluminista pombalina, não tenham surtido nenhum tipo de efeito. Mesmo considerando o atraso da chegada da Lei da Boa Razão no Brasil, já no final do século XVIII é possível ver em terras tupiniquins efeitos procedimentais dessa lei, como a diminuição do número de candidaturas a Agente de Inquisição no Bispado de Pernambuco<sup>59</sup>.

Mas a dúvida permanece ao se analisar uma lei que surge para romper com toda uma tradição jurídica construída durante séculos e faz isso em nome da razão humana. Em meados do século XVIII e início do século XIX parece difícil uma sociedade jurídica aceitar com facilidade a imposição da razão sobre a experiência, o direito comum até então.

Definitivamente este trabalho não resumirá a história à legislação, é preciso de muito mais elementos para chegar ao complexo pensamento jurídico da época, “*o direito efectivamente aplicado*”<sup>60</sup>.

Um elemento importante nessa busca é o ensino jurídico. O século XVIII brasileiro não viu a criação de faculdades de Direito, sendo assim, “*a elite intelectual e política brasileira, no final do século XVIII e início do seguinte, continuava estudando em Coimbra, de onde saíam formados majoritariamente em direito e medicina*”.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> FEITLER, Bruno. Nas malhas da consciência: *Igreja e Inquisição no Brasil*. São Paulo: Alameda e Phoebus, 2007, p. 87 e 88.

<sup>60</sup> HESPANHA, António Manuel. Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX. *Um ensaio de análise de conteúdo*. Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 39. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2010 (a), págs.109/151. p. 111.

<sup>61</sup> WEHLING, 2005, p. 299.

A exigência de sair do país para ter acesso à formação jurídica trazia impactos ao cenário jurídico brasileiro. De forma alguma isso significou a ausência do direito no Brasil. O resultado desse distanciamento dos cursos superiores, e principalmente do curso de direito, era a pouquíssima circulação de direito culto no Brasil colonial<sup>62</sup>.

Com a chegada do século XIX vieram as primeiras faculdades de direito em território brasileiro, as quais possibilitaram de forma mais reflexiva o surgimento de um direito culto diferenciado da Metrópole.

É bem verdade que a simples criação de uma faculdade não garante que ela se adaptará instantaneamente às necessidades e exigências locais, mas *“podendo-se dizer que é somente a partir daí que vai se formando, de modo lento e gradual, uma cultura jurídica (no sentido de uma tradição letrada) tipicamente brasileira”*<sup>63</sup>.

Juridicamente a separação entre Brasil e Portugal teve grande importância, pois a partir da independência e da formação do Estado brasileiro os caminhos legislativos e também da cultura jurídica do Brasil e Portugal começam a se distanciar progressivamente, desse modo, a independência política permitiu que o Direito brasileiro fosse se afastando cada vez mais do Direito Português.

Mas é preciso ter em mente os ensinamentos de Antonio Manuel Hespanha e atentar-se para o fato de que as rupturas trazem mais permanência do que novidades. No Brasil não foi diferente e *“no momento da independência brasileira o direito era “experimentado”, sobretudo através dos poderes descentralizados, poderes locais, numa estrutura permeável à pluralidade das manifestações jurídicas”*<sup>64</sup>.

Afirmar que a estrutura jurídica era permeável à pluralidade ainda em 1822 é afirmar, também, que o Direito Canônico ainda estava presente no dia a dia jurídico do Brasil no início do século XIX, pois o Direito Canônico compunha a pluralidade jurídica do Direito pré-moderno. A permanência de um direito

---

<sup>62</sup> FONSECA, 2011, p. 16.

<sup>63</sup> Ibid. p. 22.

<sup>64</sup> Ibid. p. 18.

plural ainda no século XIX demonstra como a tentativa de afastar o Direito Canônico dos tribunais com a Lei de Boa Razão não foi efetiva.

Sobre as permanências jurídicas após a ruptura política, afirma Ricardo Marcelo Fonseca:

*“Logo após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, o novo governo (...) promulga a lei de 20 de outubro de 1823 que determinou que continuassem em vigor as Ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821”*<sup>65</sup>

A citada lei busca amparar a recente nação que não tinha uma estrutura jurídica para ordená-la, tampouco um código. Sem uma estrutura legislativa própria, *“a antiga colônia continuará a aplicar a velha legislação herdada dos tempos coloniais”*<sup>66</sup> e faz isso durante muitas décadas, pois as ordenações foram vigentes no Brasil até 1916, quase 50 anos a mais do que em Portugal.

Em 1824 foi promulgada a primeira constituição brasileira, a constituição do Império do Brasil. Essa Constituição manteve características importantes em relação à Igreja e o Direito Canônico, pois vinculava o Estado a uma religião, *“na primeira e única constituição do período imperial brasileiro – 1824 – ficou estabelecida a exigência de uma religião oficial do Império do Brasil – a católica apostólica romana”*<sup>67</sup>.

Em seu artigo 5º a Constituição do Império afirmava:

*Art. 5. “A religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império. Todas as outras religiões serão permitidas com seu culto doméstico ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de templo.”*

---

<sup>65</sup> FONSECA, 2011, p. 18.

<sup>66</sup> Ibid. p. 19.

<sup>67</sup> GOMES, 2009, p. 71.



Ser a Igreja Católica Apostólica Romana a religião oficial do Império faz com que o Direito Canônico continue sendo peça importante na composição da justiça e sua estrutura judiciária reconhecida pelo Estado.

A expressão “continuará a ser” presente no artigo 5º por si só demonstra a clara continuidade da relação Estado e Igreja na Constituição do Império brasileiro, mas essa opção política vai contra a tendência mundial, pois os outros países deixaram de se vincular à religião católica, em razão dos *“movimentos revolucionários na Europa do final do século XVIII e início do século XIX (que) marcaram o início de uma ruptura entre o antigo regime de alianças trono-altar”*<sup>68</sup>.

Essa continuidade expressa na Constituição demonstra a íntima ligação do projeto de Nação do recente Estado brasileiro com o projeto religioso do padroado,<sup>69</sup> evidenciando que a relação entre Estado e Igreja, Direito secular e Direito Canônico e Rei e Bispos era reconhecida e não veria no Império seu fim.

Ao manter a Igreja Católica como religião oficial a Constituição do Império, ainda no século XIX, evidencia que os esforços de Pombal iniciados no século anterior, ou mesmo as regras da Lei da Boa Razão, não conseguiram simplificar o cenário jurídico, afastando o Direito Canônico das decisões, tampouco conseguiu afastar o reconhecimento do Estado dos conceitos e valores cristãos católicos.

## **2.3 O Senado Imperial e o Clero**

A manutenção da Igreja como religião oficial do Império na Constituição de 1824 demonstra grande interesse político pela ligação entre Igreja e Estado. Embora bastante chamativa, essa manutenção constitucional é somente parte de uma relação bastante complexa entre esses dois entes. “Debaixo” da carta política do Império, havia muitas outras ligações que alimentavam a relação entre o Estado e a Igreja, entre o Direito Canônico e o Direito secular.

O próprio ensino do Direito continuava alimentando a importante relação entre o Direito Canônico e o Direito secular. Os cursos jurídicos, confirmando

---

<sup>68</sup> GOMES, 2009, p. 16.

<sup>69</sup> Ibid. p. 57.

as manutenções perpetuadas pela realidade jurídica imperial, ao serem criados no Brasil independente, mantiveram as características da metrópole, conservando inclusive, o ensino do Direito Eclesiástico. Como demonstrou Priscila Soares Crocetti:

*“A Lei 11 de agosto de 1827, que criou os cursos jurídicos no Brasil, adotava a estrutura curricular do curso de Direito da Universidade de Coimbra. As disciplinas foram assim distribuídas: 1º ano - cadeiras de Direito Natural Público, análise da Constituição do Império, Direitos das Gentes e Diplomacia; 2º ano – continuação das matérias do ano anterior e Direito Público Eclesiástico; 3º ano – Direito Civil Pátrio e Direito Pátrio Criminal com a Teoria do Processo Criminal; 4º ano – Continuação do Direito Civil Pátrio e Direito Mercantil Marítimo; 5º ano – Teoria e Prática do Processo adotado pelas Leis do Império e Economia Política. O Estatuto adotado foi o de Visconde de Cachoeira, escrito para o curso criado provisoriamente para funcionar no Rio de Janeiro, em 1825, o qual acabou não sendo implementado. Referido Estatuto colocava como objetivo dos cursos jurídicos “formar homens hábeis para serem um dia sabeis magistrados e peritos advogados de que tanto se carece”.<sup>70</sup>*

A junção destes dois elementos – Manutenção da Igreja Católica como religião oficial do Império e a manutenção das características dos cursos jurídicos de Portugal (que continham o ensino do Direito Eclesiástico) – demonstram uma “não mudança” no Direito, logo, uma clara continuidade do uso do Direito Eclesiástico no Brasil ainda no século XIX.

Os mais otimistas com conservação do uso do Direito da Igreja podem analisar isso como uma necessidade da permanência social da Igreja e de seu Direito na sociedade, mas isso também pode demonstrar uma simples troca de favores entre trono e altar.

Para Edgar da Silva Gomes, embora fosse possível ver uma manutenção do poder exercida pelo Estado e pela Igreja após a Independência do Brasil, o que realmente acontecia era um apequenamento da liberdade da Igreja, que passava a submeter-se cada vez mais ao trono. Nas palavras do próprio autor,

---

<sup>70</sup> CROCETTI, Priscila Soares. Ciência, ensino e código: *Lentes, Elites e Direito Civil nos Albores da Faculdade de Direito do Paraná (1912-1945)*. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, P. 8.

*“Os governantes do Brasil imperial mantiveram a mesma política reguladora exercida pelo poder civil (temporal) sobre o poder religioso (espiritual) onde praticamente anulava a atuação da Igreja Católica que continuava sendo subserviente e convenientemente aliada ao trono.”<sup>71</sup>*

Essas afirmações mostram certo interesse político na permanência das ligações entre o Trono e a hierarquia da Igreja. De alguma forma, era bom para o Império ter ao teu lado a Igreja e sua influência, ainda mais quando essa Igreja mostra sinais de submissão ao Império.

Embora a partir do segundo reinado fosse possível verificar vários conflitos entre a Igreja Católica e o “trono” do Brasil, com declarados descontentamentos por parte da Igreja frente às ações do Estado brasileiro, trono e altar se mantiveram aliados no poder, sendo mantenedores do *status quo*<sup>72</sup>.

Essa ligação teve fortes impactos na formulação jurídica do Império. Em pleno século XIX, período de organização do novo país chamado Brasil, a Igreja e sua hierarquia atuavam intensamente na vida jurídica do Estado.

Ora, a modernidade, pulsante corrente do século XIX, quis eleger o Estado como único emanador do Direito. Era esse Direito que deveria regulamentar a vida das pessoas, do próprio Estado e da relação entre esses dois<sup>73</sup>.

*“O protagonista do ‘moderno’ é o Estado. É o Estado que quer dizer o monismo jurídico, quer poder dizer que o velho pluralismo jurídico medieval e pós-medieval está eliminado, enquanto se consolida uma forte ideia e sempre mais dominante que quase prende o aspecto de uma articulação silogística: o direito deve ser expressão da vontade geral, e vontade geral é somente aquela que nos vem ofertada na lei, única fonte de qualidade superior, mas porque a lei é a vontade do sujeito detentor do poder soberano, o resultado é um rígido estatismo ou, em termos culturais, um rígido monismo jurídico”<sup>74</sup>*

---

<sup>71</sup> GOMES, 2009, p. 57.

<sup>72</sup> GOMES, 2009, p. 58.

<sup>73</sup> COSTA, Pietro. Soberania, Representação, Democracia: *Ensaio de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 251.

<sup>74</sup> GROSSI, Paolo. 2003, p. 375/376.

É através do protagonismo da lei que os Estados modernos devem reger-se e organizarem-se, bem por isso, os parlamentos, ou casas legislativas, tinham grande importância no cenário jurídico posterior às revoluções burguesas. Eram essas casas de produção legal que abrigavam a responsabilidade de dizer o que deveria ser feito pelo Estado e por aqueles que o compunham.

Não é por acaso que o Código<sup>75</sup> torna-se o principal instrumento jurídico da modernidade. Por conter todas as leis, escolhidas e organizadas pelo Estado, era o Código a grande forma de dizer o Direito na Modernidade. Bem por isso que a constituição do império determinou *“em seu artigo 179, n. XVIII a necessidade de se organizar, quanto antes, um código civil e um criminal, fundado em sólidas bases de Justiça e Equidade”*<sup>76</sup>, buscando dar corpo legislativo a nova nação.

Independentemente da exigência constitucional por um Código Civil – Código este que o século XIX brasileiro não viu<sup>77</sup> - era preciso organizar as câmaras que se responsabilizariam pela produção legislativa da época.

Longe de atender às exigências modernas de Estado, mas se colocando modestamente nesses trilhos, o Império Brasileiro decidiu que a produção legislativa se daria pela Câmara dos Deputados e pela Câmara dos Senadores, mesmo tendo o Imperador como moderador.

---

<sup>75</sup> Foi justamente o Código Civil Francês que inaugurou um código com “C” maiúsculo na história. Ápice de toda uma construção que teve início ainda no século XIV, o Código do século XIX logrou reunir todos os atributos confeccionados pela modernidade. Segundo Paolo Cappellini *“O Code Napoléon é uma Constituição civil (burguesa) porque isso não é – não somente e não exclusivamente – um código (com a letra minúscula) do direito civil (isto é, privado), mas sobretudo e fundamentalmente um Código (com letra maiúscula) da sociedade civil, justamente com a finalidade de estruturar essa sociedade, de revelá-la a si mesma, de organizá-la e consolidá-la definitivamente”* (CAPPELLINI, Paolo. Sistema Jurídico e Codificação. Curitiba: Juruá, 2007. p. 18).

<sup>76</sup> FONSECA, 2011, p. 18.

<sup>77</sup> Explicar exatamente porque o século XIX brasileiro não teve um Código é tarefa bastante difícil e ainda em aberto. Contudo, Ricardo Marcelo Fonseca acertadamente indica pontos que auxiliam no entendimento dessa ausência de Código nos oitocentos tupiniquim. Segundo ele existem três fatores em razão dos quais o Brasil não teve, no século XIX, um Código Civil promulgado, *“a primeira se encontra na ausência de uma tradição culta do direito logo nos anos que se seguiram a independência do Brasil (...); o segundo foi o fato de que o incipiente direito letrado brasileiro da segunda metade do século XIX, malgrado não tivesse sido infenso a influência francesa, sofreu muito mais impacto da cultura alemã (...) e terceiro fator é a ausência de uma “vontade codificadora” no império brasileiro”*. FONSECA, 2011, p. 22/24.

O Decreto Imperial de 26 de março de 1824, promulgado um dia após a promulgação da Constituição do Império, regulou como deveriam ser compostas as Câmaras legislativas. Acontece que a primeira legislatura da Assembleia Geral Legislativa, que unia a Câmara dos Deputados e a Câmara dos Senadores, vai acontecer somente no dia 06 de maio de 1826.

O Senado do Império, responsável pelas discussões finais do parlamento, de 1826 a 1889 realizou 20 legislaturas. Cada uma dessas legislaturas tem uma história própria e uma composição específica, contudo, há algo comum em todas elas bastante relevante para este trabalho. Em todas as 20 legislaturas do Senado realizadas no período imperial havia a presença de clérigos.

Isso significa que durante todo o período de produção legislativa do Império<sup>78</sup> “agentes” da Igreja intervinham diretamente nas decisões tomadas pelo parlamento. É claro que muitos leigos católicos também fizeram parte desse período legislativo – alguns defendendo mais que os próprios sacerdotes as ideias da Igreja sobre Direito, Política e Estado –, contudo, a presença de clérigos no parlamento brasileiro demonstra não só a influência da Igreja na política e no Direito do Brasil Imperial, como demonstra, também, uma ligação entre Estado e Igreja bastante diversa da hodierna, em que as duas entidades se ajudam mutuamente em suas “missões”.

A jurisprudência da época, inclusive, reiterava constantemente que os religiosos eram funcionários públicos, além de agentes da Igreja. Foi o que afirmou a sentença de pronúncia do Juízo de Direito de S. João da Barra. Para o magistrado Francisco Ferreira Correa “*não só os Párocos, mas até os arcebispos e Bispos do Império, são empregados públicos*”.<sup>79</sup> O Tribunal da Relação da Corte também concordava que os Vigários eram funcionários do

---

<sup>78</sup> É preciso ter atenção quanto ao significado de lei, bem como as expectativas sobre ela. Conforme ensina em recente texto, Ricardo Marcelo Fonseca “*nesse período a lei – ao contrário do que suporiam as consciências legalistas contemporâneas que confundem a própria essência do direito com a norma escrita – era uma fonte minoritária e subsidiária com relação à corralidade de expressões jurídicas então presentes. E nem poderia ser diferente, na medida em que a própria existência de um poder político centralizado é uma realidade que não se operou na sua exaustão antes do fim do século XVIII e sobretudo no século XIX europeu.*” (FONSECA. Ricardo Marcelo. A Pervivência do Direito Português no Brasil. Revista do IHGB. P 3.)

<sup>79</sup> CORRÊA, Francisco Ferreira. Sentença de Pronúncia. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.1, anno I, janeiro a abril, 1873. p. 336.

Império, contudo, fazia questão de reiterar a autonomia dos Bispos e de suas decisões<sup>80</sup>.

Só era possível ter sacerdotes como funcionários se o Império admitisse ser o ministério sacerdotal importante para os anseios do Estado, por isso, a relação entre Igreja e Império era tão complexa. De um lado havia uma Igreja que admitia ser sustentada pelo Império, de outro havia um estado que via na atuação sacerdotal e religiosa função indispensável para sua atuação, de tal maneira que considerava os religiosos de suas terras seus funcionários.

Esse ambiente complexo permite, com certa naturalidade, a atuação de clérigos no parlamento. No Senado a primeira Legislatura, que durou de 1826 a 1829, teve 8 (oito) eclesiásticos nomeados senadores.

“D. José Caetano da Silva Coutinho, pela província de São Paulo; Pe. Manuel Domingos da Mota Teixeira, pela província do Ceará; Pe. Marcos Antônio Monteiro de Barros, pela província de Minas Gerais; Pe. Lourenço Rodrigues de Andrade, pela província de Santa Catarina; Pe. Francisco dos Santos Pinto, pela província do Espírito Santo; Pe. José Caetano Ferreira de Aguiar, pela província do Rio de Janeiro, Pe. Antônio Vieira da Soledade, pela província do Rio Grande do Sul; e o Pe. Damáso Antônio Larrañaga, pela província Cisplatina”.<sup>81</sup>

Mais do que simplesmente participar, o senado foi presidido por um eclesiástico de 1826 a 1831, durante esse período D. José Caetano da Silva Coutinho<sup>82</sup> quem presidiu os trabalhos na Casa<sup>83</sup>.

Durante a primeira legislatura, que contou com 4 (quatro) sessões ordinárias e uma extraordinária, houve uma intensa participação religiosa. É bem verdade que podemos encontrar intervenções de clérigos defendendo a

<sup>80</sup> Discurso Crime N. 4.191. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.4, anno II, 1874. p. 781/784.

<sup>81</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 15.

<sup>82</sup> D. José Caetano bacharelou-se em Direito, em 1791, em Cânones, em 1792 e em licenciatura em 1794 na Universidade de Coimbra. <sup>82</sup> O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 18.

<sup>83</sup> O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 18.

Igreja e suas práticas, como fez o Pe. Antonio Vieira<sup>84</sup> combatendo o projeto da Câmara dos Deputados que proibia os conselhos municipais de concorrerem para festas religiosas<sup>85</sup>, mas o mais interessante é a mútua influência entre as entidades, a atuação dos clérigos na construção e atuação do Estado, bem como a tentativa de o Estado regular as atividades da Igreja.

Alguns projetos de lei e discussões da época ajudam a entender essa relação. Uma delas ocorreu no dia 18 de setembro de 1827, em que houve grande discussão no senado, pois havia um artigo, oriundo da Câmara dos Deputados, que buscava suprimir a terceira instância dos tribunais eclesiásticos. Segundo o artigo *“as causas eclesiásticas, d’ora em diante, serão julgadas em segunda e última instância na Relação Competente”*<sup>86</sup>. Tal proposta buscava suprimir a terceira instância eclesiástica, que ficava em Portugal.

Instaurava-se um grande problema quanto às instâncias jurídicas eclesiásticas, e essa discussão dava-se na casa legislativa do Estado. Como explicou na mesma sessão Estêvão de Ribeiro de Resende, Marquês de Valença, o problema estava alocado principalmente nas questões matrimoniais, pois após julgamento da Relação Metropolitana da Bahia – instância posterior ao julgamento do bispo da localidade – só caberia recurso ao Tribunal da Legacia, que segundo palavras dele, era um *“tribunal estranho dentro do Império”*.<sup>87</sup>

Pe. Antonio Vieira se manifestou contra tal supressão, pois mesmo respeitando o Império, a Igreja continuava sendo somente uma, independente

---

<sup>84</sup> Mesmo não sendo possível pelo período que se fala, é bom deixar claro que o Pe. Antonio Vieira a que esse trabalho se refere não é o famoso orador e escritor do século XVII. Mesmo podendo restar algum tipo de confusão devido ao nome e ao sacerdócio, optou-se por manter a grafia do nome dessa forma, pois durante o Império o senador era assim chamado, Pe. Antonio Vieira. Dessa forma, a grafia do nome persiste para ficar da mesma forma que os documentos da época.

<sup>85</sup> Conforme palavras proferidas pelo padre, a aprovação de tal projeto acarretaria na abolição das festas, e mesmo que a Câmara dos Deputados estivesse se preocupando com as finanças, os gastos efetuados com tais festas seriam insignificantes e passíveis de revisão, caso fossem muito altos. SOLEDADE, Antonio Vieira da. Sessão de 4 de agosto de 1827. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 78.

<sup>86</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 87.

<sup>87</sup> Ibid. p. 87.

do Estado em que residia, sendo assim, não teria o Estado poder para suprimir uma instância eclesiástica.

Antônio Luís Pereira da Cunha, Marquês de Inhambupe, tentou criar uma solução apaziguadora, e apresentou a seguinte emenda aditiva:

“Entendendo-se por primeira instância as sentenças dos vigários gerais dos bispos e por segunda as da cúria metropolitana; e por instância da revista a Mesa da Coroa da Relação do Distrito. Isso porém, nas causas puramente temporais, porque, nas que são meramente espirituais, se deve observar o que se acha estabelecido nos cânones e constituições da Igreja”<sup>88</sup>.

Perceba-se que a proposta do Marquês de Inhambupe demonstra bem o pensamento da época. Era preciso defender a igreja e seus cânones que, conforme falou o mesmo Marquês ao final de seu discurso, *“todos nós somos súditos [...] e estamos sujeitos nessas matérias aos cânones e constituições que ela tem estabelecido”*<sup>89</sup>, contudo, havia um Estado com novas atribuições a ser estabelecido, com algumas funções e poderes conflitantes com a Igreja. Essa situação gera discursos de homens divididos, que tentam harmonizar características do antigo regime, com propostas modernizadoras acerca do Estado.

Ainda sobre o assunto, no dia 1 de outubro do mesmo ano, o Pe. Marcos Antônio pede adiamento das discussões sobre o assunto, *“até que haja uma convenção com a Santa Sé a este respeito”*<sup>90</sup> e o Pe. Antônio Vieira apoia o companheiro religioso e explica:

“É certo que a Constituição diz que as causas acabem em segunda instância e que estas sejam as relações; porém a Constituição tem em vista e só regula as matérias políticas e não as matérias espirituais; portanto, qualquer argumento que se tire da Constituição, para

---

<sup>88</sup> Ibid. p. 87.

<sup>89</sup> Ibid. p. 87.

<sup>90</sup> BARROS, Marcos Antônio Monteiro de. Sessão do senado de 1 de outubro de 1827. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 90.



este caso, não tem vigor nenhum. Isto é objeto que deve ser tratado com a Santa Sé Apostólica”<sup>91</sup>

O Pe. Vieira buscava reafirmar a divisão de poderes do antigo regime entre a Igreja e o Estado, o espiritual e o terreno. Embora unanimidade no passado, essa defesa feita pelo Pe. Vieira surge como resposta a um questionamento anterior. É bem verdade que o restante dos legisladores concordou com os argumentos apresentados e o adiamento foi aprovado.

O artigo foi aprovado pelo senado contendo a primeira parte da emenda aditiva, mas só foi aprovado e enviado à sanção imperial na sessão de 6 de agosto de 1830. Eis que no dia 27 de Agosto de 1830 é promulgado um decreto que afirmava:

“1) As Causas eclesiásticas de ora em diante serão julgadas em segunda e última instância na Relação competente (Rel. eclesiástica na Bahia). 2) As apelações interpostas ficam de nenhum efeito e nas sentenças proferidas na Relação competente terão sua inteira execução”<sup>92</sup>

Como o Brasil não entrou em acordo com a Santa Sé, a Relação parecia ser a última instância possível em questões eclesiásticas. Mas o tema não se encerrou por aí, pois os bispos continuaram insistindo para conseguir ter uma terceira instância nas questões eclesiásticas.

Os pedidos aumentaram ainda mais quando a constituição *Dei Miseratione*, de Benedito XIV, exigiu duas sentenças conformes para causas de nulidade de matrimônio e de profissão religiosa, o que exigia uma terceira instância quando as duas primeiras não concordassem.

A discussão sobre o tema continuou e só acalmou quando o Tribunal de Legacia foi extinto, por motivações parecidas com as motivações que levaram as discussões no Brasil.<sup>93</sup>

<sup>91</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 90.

<sup>92</sup> ALMEIDA, Candido Mendes de. Direito Civil eclesiástico Brasileiro. Rio de Janeiro, 1866, t. I, 3ª parte. P. 1220.

<sup>93</sup> Na segunda metade do século XIX os portugueses passaram a defender com mais veemência a separação do poder da Igreja e do Estado, restringindo o poder da Igreja a casos puramente espirituais. Além disso, incomodava a administração portuguesa saber que o Papa, um estrangeiro, teria o direito de criar Tribunais na Legacia, por isso, o poder civil julgou-se

O tempo e as discussões acerca da competência de cada uma das instituições demonstra uma questão em aberto sobre o tema, uma permanência do antigo regime em que o poder era dividido entre o poder político central e a Igreja, mas o desfecho e a aprovação de um decreto do Estado suprimindo uma instância jurídica eclesiástica também é um sinal, mas um tímido sinal de mudança onde o Estado começa a se instalar como ente que está acima dos outros entes, o representante de todos.

A segunda legislatura, que durou de 1830 até 1833, teve 4 sessões ordinárias e 3 extraordinárias, sendo marcada pelas conturbações decorrentes da Abdicação de D. Pedro I.

Os cargos do Senado continuavam vitalícios, mas devido a alguns falecimentos e afastamentos, outros religiosos passaram a integrar a casa parlamentar. Dois novos nomes merecem lembrança pela ativa participação, quais sejam, Pe. José Martiniano de Alencar, eleito pela providência do Ceará, e Pe. Diogo Antônio Feijó, eleito pela província do Rio de Janeiro<sup>94</sup>.

O Pe. José Martiniano de Alencar, em especial, ficou conhecido por suas intervenções e preocupações nas discussões sobre o meio circulante, a questão da anistia dos presos políticos, a crise da regência e a tensão entre esta e o tutor do imperador, sendo suas intervenções importantes nas decisões do senado<sup>95</sup>.

É o Pe. Alencar que sustenta a ideia de federação e insiste em defender uma descentralização do poder, mas seu projeto é acusado de ser inconstitucional e usurpar o poder moderador. Em defesa de seu projeto, na sessão de 8 de maio de 1832, o clérigo afirma ter a Constituição do Império um germe federativo e que esse germe deveria ser expandido em benefício das províncias, finalizando sua fala rogando *“ao nobre senador, que se não esqueça do elemento federativo, que encerra a nossa Constituição”*<sup>96</sup>.

---

autorizado a suprimi-lo. Clero no parlamento. Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 87.

<sup>94</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 105 e 106.

<sup>95</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 106.

<sup>96</sup> ALENCAR, José Martiniano de. Sessão do Senado de 14 de maio de 1832. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 131.

O clérigo continuava insistindo, e na sessão de 19 de julho do mesmo ano, continuou defendendo várias mudanças constitucionais em prol do que defendia ser o elemento federativo do Império. Nessa mesma sessão o Pe. Alencar defende a extinção dos cargos vitalícios para o Senado, o aumento da participação política das províncias e a responsabilização dos ministros por seus atos soberanos.<sup>97</sup>

Embora a proposta sobre o senado tenha sido rejeitada e a tentativa de responsabilização dos atos do Poder Moderador descartada porque o artigo 132 da Constituição, que regulava a matéria, seria imodificável, a proposta sobre o aumento da participação política das províncias foi aceita e o artigo 73 da constituição foi modificado como defendera o Pe. Alencar<sup>98</sup>.

Nessa legislatura o que chama atenção é justamente o caminho inverso daquele visto na legislatura anterior. Enquanto na primeira verificamos o Estado interferindo nas questões judiciais eclesiásticas, nessa segunda vemos um religioso participando de questões importantes do Estado e conseguindo, através de suas proposições e argumentos, modificar a organização política do Império, dando mais participação política às províncias.

Mas não era somente de interferências que viviam a Igreja e o Estado no século XIX. Foi o que mostrou o Pe. Lourenço Rodrigues de Andrade na sessão de 11 de maio de 1833 ao dar parecer favorável à resolução do Conselho Geral das Províncias de Goiás que permitia que padres e outros cargos eclesiásticos de menor escalão emitissem certidões sem a dependência de despacho das autoridades respectivas. A resolução aprovada era a seguinte,

“Os párocos, curas d'almas e escrivães de Câmaras Eclesiástica do Império passarão, sem dependência de despachos das autoridades respectivas, as certidões de batismo, casamentos e óbitos que se lhes pedirem”<sup>99</sup>

<sup>97</sup> ALENCAR, José Martiniano de. Sessão do Senado de 21 de julho de 1832. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 172 a 175.

<sup>98</sup> As três decisões sobre as propostas do Pe. Alencar ocorreram na sessão de 23 de julho de 1832. Clero no parlamento. Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p.175.

<sup>99</sup> ANDRADE, Lourenço Rodrigues de. Sessão de Senado de 11 de maio de 1833. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 195.

As certidões de batismo, casamento e óbito já eram responsabilidade das autoridades eclesiásticas, mas era preciso, segundo o próprio senado, dar acesso a essas certidões de forma mais fácil e próxima. Por isso o Pe. Andrade deu parecer favorável a esta resolução, para permitir que as certidões fossem emitidas de formas mais simples e sem precisar que os solicitantes se locomovessem para os grandes centros ou que as autoridades, que muitas vezes ficavam distantes, tivessem que autorizar tais emissões.

Vale a pena notar a responsabilidade, até o momento sem concorrência, da Igreja em emitir essas certidões. Além disso, ao tentar facilitar o acesso às certidões, por ser importante para o Império, o Senado se utiliza da estrutura da Igreja, de sua capilarização social, para ter êxito. Em nenhum momento o Estado parece acreditar que tem estrutura para solucionar esse problema e durante todo processo não esboça qualquer tentativa de passar a ser o emissor das certidões. Segundo José Murilo de Carvalho, isso se dava, também, por deficiência da máquina administrativa<sup>100</sup>.

Dessa forma, com a ajuda do Pe. Monteiro de Barros e do Pe. Santos Pinto, o parecer do Pe. Andrade foi aprovado na sessão de 4 de julho pelo senado, sendo o artigo primeiro do Decreto de 13 de julho de 1833.

Esse decreto demonstra a face da cooperação entre Estado e Igreja, capítulo comum na relação entre as entidades durante o Império.

A terceira legislatura durou 4 anos, de 1834 a 1837, e teve duração tranquila. Suas 4 sessões ordinárias começaram pontualmente e não houve nenhuma sessão extraordinária. Durante essa legislatura quatro novos sacerdotes entraram para o Senado – Pes. José Custódio Dias, Antônio da Cunha Vasconcelos, Francisco de Brito Guerra e José Bento Leite Ferreira de Melo.<sup>101</sup>

Nessa legislatura a participação dos religiosos nas sessões do Senado é menos expressiva, pois teve menos intervenções, contudo, vale ressaltar que o mesmo não pode se dizer da atuação dos clérigos nas Comissões do Senado.

---

<sup>100</sup> CARVALHO, José Murilo de. A construção da ordem e teatro de sombras. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4ª d., 2008, P. 250.

<sup>101</sup> Notas e Comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 227.

Vários padres senadores, membros das Comissões de Instrução Pública, Negócios Eclesiásticos e Catequese dos Índios atuaram mais nessas comissões do que nos debates em plenário<sup>102</sup>.

Nessa legislatura uma “intervenção sacerdotal em especial merece atenção. Foi a abertura da sessão legislativa de 1836, feita pelo Pe. Diogo Antônio Feijó, regente do Império na ocasião. Em sua fala, o religioso e regente uno do Império, claramente insita o sentimento patriota, demonstrando uma característica da época que buscava conciliar a devoção à Igreja e ao Estado.

Essa divisão é evidenciada na fala do Pe. Feijó quando ele comunica oficialmente à Assembleia um conflito com a Santa Sé. Esse conflito teve início quando o Papa rejeitou o indicado de Pe. Feijó para bispo do Rio de Janeiro. Segundo palavras do próprio regente do Império ao Senado:

*“Não posso contudo ocultar-vos que Sua Santidade, depois de dois anos de explicações recíprocas, resolveu não aceitar a apresentação imperial do bispo eleito dessa diocese.*

*O Governo tem do seu lado a lei e a justiça, mas Sua Santidade obedece sua consciência. Depois desta decisão, julgou-se o Governo desonerado de ter condescendência com a Santa Sé, sem contudo faltar jamais ao respeito e obediência devida ao chefe da Igreja Universal.”<sup>103</sup>*

O clérigo estava claramente dividido entre suas responsabilidades enquanto regente do Império e enquanto sacerdote da Igreja. Segundo suas próprias incitações patriotas, era preciso defender a posição do Império, responsável por *“livrar o católico brasileiro da dificuldade e muitas vezes impossibilidade de mendigar”*<sup>104</sup>, estando ao lado da nação a lei e a justiça. Por outro lado, enquanto sacerdote, era preciso respeitar o Papa e suas decisões. Tentando conciliar tais posições o Pe. Feijó afirma,

*“É tão santa nossa Religião, tão bem calculado o sistema do Governo Eclesiástico, que sendo compatível com toda a casta de Governo Civil, pode sua disciplina ser*

---

<sup>102</sup> Ibid. p. 227.

<sup>103</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. Abertura da sessão legislativa de 1836. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 260.

<sup>104</sup> Ibid. p. 260.

modificada pelo interesse do Estado, sem jamais comprometer o essencial da mesma religião.<sup>105</sup>

Justificando-se com esse raciocínio o sacerdote regente tenta conciliar suas responsabilidades para com as duas entidades e afirma no final de sua fala sobre o assunto, *“não obstante esta colisão com o Santo Padre, nossas relações amigáveis continuam com a corte de Roma.”*<sup>106</sup>

Mas a relação com a Cúria Romana não foi tão simples assim e Pe. Feijó recusou-se a voltar atrás, chegando a ameaçar romper com a Cúria Romana.<sup>107</sup>

A quarta legislatura foi de 1838 até 1841, contou com 4 sessões ordinárias, uma extraordinária, e teve uma maior participação dos clérigos em suas sessões. Nessa legislatura a participação dos clérigos foi intensa e uma sessão importante para esse trabalho foi a do dia 15 de maio de 1839 que trouxe novamente a discussão sobre o atrito entre o Império e a Santa Sé.

Em nova fala o Pe. Feijó tenta defender sua posição de conflito com o Sumo Pontífice frente a um senado pouco satisfeito com tal situação, afirmando:

*“Devemos reconhecer que o Papa tem todo direito de inspecionar se acaso o eleito tem todos os requisitos determinados pelos cânones e não se simpatiza com as suas ideias e paixões. O direito, portanto, do Papa é somente recusar as bulas de confirmação quando no leito encontrar irregularidade e não quando lhe constar que pensa em objetos disciplinares de uma maneira diversa da Cúria Romana”*<sup>108</sup>

Com essa fala Pe. Feijó busca convencer seus pares, pouco contentes com tal desavença, de que sua empreitada contra o Papa era justa, mas continuou sem ter o apoio de grande parte dos senadores.

---

<sup>105</sup> Ibid. p. 260.

<sup>106</sup> Ibid. p. 261.

<sup>107</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 263.

<sup>108</sup> FEIJÓ, Diogo Antonio. Sessão do Senado de 15 de maio de 1839. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 282.

Quase como uma ironia, o conflito entre o Império e a Santa Sé se arrastou por todo o período que um sacerdote foi regente, e só foi sanado com a apresentação de outro nome para a diocese, em 1839.<sup>109</sup>

Nessa legislatura um grande tema debatido, que posteriormente veio a se concretizar, foi o reconhecimento da maioria de D. Pedro II. Os religiosos participaram intensamente das discussões, mas sem posições que trouxessem inovação ou protagonismo, contudo, é com falas inflamadas de um sacerdote defendendo o reconhecimento da maioria de D. Pedro II que transcorre a sessão do dia 22 de julho de 1840, dia anterior a ascensão ao poder de D. Pedro II.

Com repetidas e aclamadas falas em prol da ascensão de D. Pedro II, o Pe. José Bento Leite Ferreira de Melo, foi uma das figuras principais na sessão que antecedeu o reconhecimento de D. Pedro II maior de idade para exercer suas funções régias.

Nessa legislatura a organização eclesiástica volta a ser discussão. Isso porque na sessão do dia 8 de junho de 1841 o Pe. Lourenço Rodrigues de Andrade traz para conhecimento do Senado uma lei da Assembleia Legislativa de Santa Catarina que modifica o pertencimento da vila de Lajes para o bispado de sua província. Com isso, através de um ato legislativo do Estado, a vila de Lajes deixa de se reportar ao bispado de São Paulo.

A resolução entrou em discussão no dia 23 de junho e teve apoio do Pe. José Bento Leite Ferreira de Melo, que considerou justa a resolução, uma vez que permite um melhor atendimento às necessidades espirituais das populações da Província de Santa Catarina.

Muitas outras vilas com o mesmo problema distantes do bispado responsável foram citadas e tal separação reconhecida como problema. Foi pensando nisso que o Pe. Andrade faz uma sugestão interessante: para o clérigo *“seria conveniente que a divisão eclesiástica acompanhasse a divisão civil”*.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Notas e comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 263.

<sup>110</sup> ANDRADE, Lourenço Rodrigues de. Sessão do Senado de 23 de junho de 1841. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 30.

Ora, vincular a divisão geográfica eclesiástica à divisão geográfica do Império seria uma boa união de forças e organização para ambas as entidades, e tornaria a cooperação entre Estado e Igreja ainda maior. Acontece que na mesma fala o próprio Pe. Andrade vai desistindo da ideia ao pensar que para isso seria preciso a anuência do Papa e uma quantidade enorme de bulas pontificais.

Na sessão do dia 26 de julho de 1841 o então orador do Senado, Pe. Alencar, faz saudação à D. Pedro II por sua sagração. Em toda sua fala é possível perceber o reconhecimento do poder imperial como um poder divino, pois, em palavras dirigidas ao novo Imperador, o clérigo afirma:

*“a Divindade vem infundir-lhe os auxílios eficazes da sua graça, rodeá-lo dos prestígios religiosos, para bem desempenhar suas funções que lhe são cometidas. Então, o escolhido, o querido do povo, torna-se o escolhido de Deus, o ungido do Senhor”*<sup>111</sup>

Tal qual ensinado pela teologia política medieval, a ascensão ao trono continuara a ser projeto de Deus, estando vinculado a divindade e seu auxílio, no entanto, novos fatores importantes foram atrelados a isso. Na frequente busca em conciliar as pretensões da Igreja e do Estado, o novo Imperador não era somente escolhido por Deus, mas também “querido do povo”. Segundo palavras do orador do Senado, instigado por suas tendências democráticas, *“Então, o escolhido do povo torna-se o escolhido de Deus”*.<sup>112</sup>

A fala do Senado saudando D. Pedro II quase na metade do século XIX evidência grandes permanências sobre a lógica de poder, da política e da relação entre as insígnias do Estado e da Igreja.

A quinta legislatura, já com D. Pedro II no poder, tem contornos diferentes. Além disso, *“o Senado do Império não teve sessão ordinárias no ano de 1842, em consequência, principalmente, da revolução mineira desse*

<sup>111</sup> ALENCAR, José Martins de. Sessão do Senado de 26 de julho de 1841. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 37.

<sup>112</sup> ALENCAR, José Martins de. Discurso para saudar o Imperador em 26 de julho de 1841. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 39.



ano, quando muitos padres senadores nela estiveram envolvidos”<sup>113</sup>. A primeira sessão ordinária da quinta legislatura ocorreu somente em 4 de janeiro de 1843.

Assim como aconteceria nas duas próximas legislaturas, a participação dos clérigos na quinta legislatura não trouxe grandes debates e acabou por ficar bastante concentrada em questões orçamentárias. Embora a materialidade dessas discussões não seja tão importante para este trabalho, a sua existência acaba sendo. Isso ocorre porque o orçamento no período acaba sendo fator identificador de sua governabilidade, conforme nos ensina José Murilo de Carvalho, *“o orçamento de despesa do Império é instrumento mais importante para a ação do governo do que o orçamento de hoje, pois quase todo gasto público, incluindo investimentos, passava por ele”*.<sup>114</sup> Além disso, os impostos e as condições de legitimidade ligadas aos impostos e gastos públicos estiveram no centro das letãs que fundamentam o Estado moderno<sup>115</sup>.

Dessa forma, a participação do clero nessas três legislaturas bastante preocupadas com o orçamento do Império continua demonstrando uma participação religiosa na vida política importante do Estado.

A oitava legislatura foi de 1850 a 1852 e teve como grande acontecimento a última participação de Pe. Alencar no Senado. Em 6 de agosto de 1851 Pe. Alencar encerra sua carreira parlamentar defendendo aquilo que sempre havia defendido em sua vida pública, o liberalismo.

A nona legislatura transcorreu de forma tranquila e é marcada pelo início de um drástico declínio na participação do clero no senado. Durante toda a nona legislatura, de 1853 a 1856, apenas uma vez um padre senador intervém no debate. Falando sobre navios a vapor, o Padre Antônio da Cunha Vasconcelos foi o único clérigo a falar nas sessões da nona legislatura.

Se uma única participação de um padre na nona legislatura evidencia um declínio da participação do clero nos trabalhos parlamentares, a décima legislatura é evidência ainda maior. Pela primeira vez na história do Senado Imperial uma legislatura não teve nenhuma participação ou intervenção de

---

<sup>113</sup> Notas e Comentários. O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 76.

<sup>114</sup> CARVALHO, 2008, p. 251.

<sup>115</sup> Ibid. p. 241.

padres em suas sessões. Esse fato se repetiu durante a 11ª legislatura, de tal forma que de 1857 até 1864 não se ouviu nenhuma vez a voz de um clérigo nas sessões do senado.

Mais do que qualquer coisa, essa ausência de participação demonstra uma falta de interesse por parte dos sacerdotes, isso porque mesmo presentes, anos se passaram sem que algum clérigo intervisse nas questões debatidas.

É claro que os acontecimentos de desgaste entre Igreja e Estado que vinham acontecendo demonstram um afastamento entre as duas entidades, contudo, a não participação dos clérigos no senado demonstra, mais do que isso, uma verdadeira falta de interesse dos religiosos em intervir nas questões do Estado, pois mesmo presentes, ouvindo os debates e podendo participar deles, nenhum dos padres resolve interferir.

O declínio participativo dos religiosos nas sessões do Senado inaugura um novo momento na relação entre Igreja e Estado. A falta de interesse em participar das decisões do Império aliada aos embates cada vez mais frequentes entre os interesses do trono e do altar transformam a própria relação dos clérigos com o Senado.

O clero volta a tomar a palavra nas sessões do Senado do Império em 1865, mas esses últimos 25 anos de participação evidenciam uma mudança de relacionamento entre o Império e a Igreja, além de caminhar para o fim do próprio Império e do Estado confessional brasileiro, por isso, será tratada no próximo capítulo, ao se falar do fim do Império e Início da República.

## **2.4 Direito privado e Canônico até a República.**

A presença da Igreja no Brasil é notoriamente conhecida, vez que seus agentes (bispos, companhias, padres e etc.) tiveram grande participação na colonização portuguesa. Tal influência histórica era reconhecida pelos próprios políticos do império, de tal forma que *“pode-se dizer que os conselheiros [no império] em sua totalidade estavam convencidos de que o Brasil pertencia à esfera da civilização cristã europeia”*,<sup>116</sup> por isso, ao se analisar a cultura do

---

<sup>116</sup> CARVALHO, 2008, P. 334.

Brasil no período colonial, devemos analisar “*primeiramente o referencial religioso e o político*”<sup>117</sup>.

Acontece que em um momento de pré-modernidade jurídica, o direito era relativamente autônomo com relação ao poder, e por mais que sofresse influência do poder político, este não se sobressaía, precisando o direito de uma análise também autônoma.

Embora importante, a influência da Igreja na política do Estado é somente uma das relações presentes nesse momento jurídico do país, não sendo, contudo, a maior. Por isso, torna-se necessário analisar o referencial, ou os referenciais, presentes também na vida jurídica do Império, de modo que é a partir da análise do conjunto de referências que circundou a vida do Brasil Imperial que conseguiremos montar o quebra-cabeça do que foi a vida pré-moderna em nosso país.

Com os olhares voltados para o campo jurídico, vemos que a pré-modernidade tupiniquim, desde o século XVI, estava sob a influência, ou jurisdição, das chamadas ordenações. Primeiro foram as ordenações afonsinas e posteriormente manuelinas<sup>118</sup>. Estas ordenações não exprimem ainda a vontade de um Estado moderno, pelo contrário, “*mesmo considerando as altas culturas na América, seu traço histórico mais distintivo é a multiplicidade, uma vez que, no início do século XVI, quando se iniciou as conquistas, haviam ocorrido sucessivas dominações de povos, justapondo-se experiências jurídicas que correspondiam a situações históricas diversas*”<sup>119</sup>.

Mesmo ao analisarmos as ordenações, podemos ver que estavam mergulhadas em uma lógica jurídica medieval, em que o poder político não estava acima dos outros e a secularização, enquanto superação do cristianismo, não estava presente.

Dentro dessa lógica, o monarca ainda não desempenhava o papel de soberano. Ele compartilhava o campo de atuação com outros corpos, sendo mais um na produção do Direito, e não o único. Com essas permanências, o Direito do Brasil Imperial perpetuava a ordem jurídica do Brasil colonial.

---

<sup>117</sup> WEHLING, Arno; WEHLING, Maria José C. M. Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808). Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P 285.

<sup>118</sup> Wehling. 2004, p. 14.

<sup>119</sup> Ibid. p. 16.

*“Diante de uma sociedade estratificada, dividida em ordens particulares, correspondia uma situação marcada por um forte pluralismo jurídico, em que cada parte do “corpo” deveria ser regido pela sua própria “iurisdictio” – sendo inclusive daí que advinha o próprio equilíbrio da sociedade ordenada do Ancien Régime. A sociedade era dividida e hierarquizada e isso era garantia – na cosmovisão pré-moderna – de que esta sociedade pudesse funcionar harmonicamente.”<sup>120</sup>*

Todas as Ordenações que regeram o Brasil buscavam desempenhar seu papel dentro da ordem jurídica, não tendo pretensão de monopolizar a produção do Direito. *“Na prática, no momento de aplicação do direito pelos tribunais o direito real acaba enquadrado na doutrina do ius commune e no âmbito local cedia perante as práxis locais”<sup>121</sup>.*

As próprias decisões do governo demonstravam tal pluralidade. A decisão do Ministério de Estrangeiros de 2 de julho de 1873 é um exemplo disso. Para justificar sua decisão sobre casamento de protestantes o então ministro, Visconde de Jaguaray, usa como fontes as ordenações, concílios, sínodos, discursos papais e falas de teólogos<sup>122</sup>. Isso significa que ainda na segunda metade do século XIX certas matérias continuavam complexas, sendo compostas por muitos direitos, dentre eles, o direito canônico.

Quando se afirma que no Brasil Imperial persistia uma pluralidade de fontes jurídicas, com forte influência da pluralidade europeia do *ius commune*, consequentemente, afirma-se que o direito canônico esteve presente, como a influência de toda a Igreja. A influência da Igreja e de seu Direito no parlamento, na composição das constituições e na vida política do Império é bastante importante para se entender este período, mas a influência do Direito Canônico no dia a dia da nova nação é o que demonstra a amplitude dessa influência.

Ainda que alguns queiram ver o século XIX brasileiro como um século legalista, o que se tem realmente é a *“renitência de estruturas arcaicas nas*

<sup>120</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo. A Pervivência do Direito Português no Brasil. Texto inédito. P. 3.

<sup>121</sup> ARAUJO, 2011. P 75.

<sup>122</sup> CARAVELHAS, Visconde de. Decisões do Governo. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.1, anno I, janeiro a abril, 1873, Pg. 113/121.

*próprias instituições político jurídicas*<sup>123</sup>. Sobre a política brasileira no Império, José Murilo de Carvalho afirma que o Estado brasileiro sofria de macrocefalia, tendo cabeça grande e braços curtos<sup>124</sup>, ou ainda a administração imperial “*tem cabeça enormes e quase não tem braços (...) cuja circulação não chega às suas extremidades*”<sup>125</sup>. Isso nos leva a conclusão de que nem se quisesse, o Brasil conseguiria, devido às limitações em comparação com os “países desenvolvidos”, ser um país judicializado.

Não é simples afirmar que o século XIX brasileiro se trata de um século ligado ao antigo regime, demandando uma busca que vá de expressivos documentos políticos até fontes “rasteiras”, verdadeiramente ligada ao dia a dia da população do Império. Contudo, Tulio Ascarelli, grande jurista italiano, é mais ousado, apontando como marca curiosa da legislação brasileira o fato de termos carregado até a segunda década do século XX um Direito visivelmente marcado pelas características do medievo.<sup>126</sup>

Mesmo considerando toda a influência que o direito canônico teve nas mais diversas normas jurídicas do período, considera-se como parte mais importante aquela que recai sobre todo o pensamento jurídico ocidental. Paolo Grossi afirma que o direito canônico contribuiu para a criação de uma mentalidade jurídica, tendo como proposição central o próprio Direito Canônico, e não somente como uma regra fixa, mas como uma mentalidade jurídica típica e cheia de peculiaridades, constituída de ciência e práxis.<sup>127</sup> Assim, embora as pontuais influências que o direito canônico tenha sobre o direito brasileiro do século XIX, a mentalidade jurídica que o próprio direito canônico ajudou a forjar, durante séculos em todo o ocidente, configura a parte mais importante dessa influência.

Sobre matérias jurídicas, inicialmente podemos apontar a influência que o direito canônico teve no direito possessório no Brasil. “*Ao estudar as*

---

<sup>123</sup> FONSECA. A modernização frustrada: a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (Org.). Manual de Teoria Geral do Direito Civil. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. , p. 13.

<sup>124</sup> CARVALHO, 2008, P. 323.

<sup>125</sup> Frase de Visconde do Uruguai trazida apud CARVALHO, 2008, P. 137/142.

<sup>126</sup> ASCARELLI, Túlio. Osservazioni de diritto comparato privato brasiliano. Milano: Giuffrè, 1952, P. 81/83.

<sup>127</sup> GROSSI, 2003, p. 377.

*principais obras de Direito Civil da época, mais especificamente os manuais (...) que tratam do Direito das Coisas e da posse, observam-se referências constantes ao direito romano, ao direito canônico, bem como inúmeras citações e referências às Ordenações Filipinas.*<sup>128</sup> Um exemplo desta influência é trazido pelo nome da obra de Antonio Joaquim Ribas da segunda metade do século XIX, “Da posse e das ações possessórias segundo o direito pátrio comparado com o direito romano e canônico”<sup>129</sup>, em que “*o autor elabora as suas ideias tendo como ponto de partida exatamente o direito romano e o direito canônico*”<sup>130</sup>.

Por uma ausência de hierarquia entre os ordenamentos, era comum o direito canônico ser mais utilizado em determinadas matérias em detrimento do uso do direito romano, e mesmo do direito imperial. Isso ocorria, principalmente, por dois motivos: o primeiro era a possibilidade de renovação através das autoridades eclesiásticas, que permitia a renovação do direito canônico, enquanto o direito romano não se renovava, sendo, no máximo, anotado ou glosado; o segundo ponto era a força da instituição Igreja Católica que acabava difundindo seu uso<sup>131</sup>.

Pode-se ver que o Direito Canônico também teve bastante peso na formação da matéria de posse. Ainda no século XIX, Rui Barbosa afirma:

*“É, pois, no direito canônico, cuja influência histórica na legislação pátria não podem ocultar os mais decididos romanistas, a que tantas vezes se referem as Ordenações, e que durante séculos desfrutou a autoridade de subsidiário ao civil, é no direito canônico, não no romano, por ele vencido nesta parte, ao menos entre nós, que se acham as fontes imediatas da jurisprudência possessória na tradição portuguesa.”*<sup>132</sup>

<sup>128</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. Tese de Doutorado em direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2009, p. 129.

<sup>129</sup> RIBAS, Antonio Joaquim, Da posse e das acções possessórias: segundo o direito patrio comparado com o Direito Romano e Canonico, Rio de Janeiro, H. Laemmert & C. Livreiros Editores, 1883.

<sup>130</sup> STAUT JUNIOR, Sérgio Said., 2009, p. 130.

<sup>131</sup> CAVANNA. 1982, Tradução livre, P. 55

<sup>132</sup> BARBOSA, Rui. *Posse de direitos pessoais*. In: Barbosa, Rui, O Dever do Advogado e Posse de Direitos Pessoais, São Paulo, Martin Claret, 2005, pp. 52/53.

Esta parte da obra de Rui Barbosa busca mostrar como os canonistas, e o próprio direito canônico, foram importantes no que tange à evolução do direito de posse, e embora reconheça a importância também dos romanistas, afirma que *“o direito civil contemporâneo em matéria de posse não é o que a jurisprudência romana herdou à Idade Média, mas o que as instituições seculares dos tempos modernos herdaram do direito canônico.”*<sup>133</sup>

A discussão travada não só por Rui Barbosa, mas por muitos civilistas dos oitocentos, mostra que o Direito Canônico, embora proibido em seu uso, continuava como forte fonte para a doutrina da época. O pensamento jurídico não havia conseguido admitir um direito advindo somente do Estado, e mesmo que deste pudesse emanar, deveria, necessariamente, passar por uma grande discussão que trazia o direito canônico como fonte do que seria justo.

A influência do direito canônico em relação ao direito possessório não era encontrada somente na doutrina. Através da pesquisa realizada por Sergio Said Staut Junior é possível concluir que *“O direito canônico, apesar de formalmente proibido pela Lei da Boa Razão em tribunais seculares, era utilizado com frequência em questões possessórias, tanto na doutrina como na jurisprudência”*<sup>134</sup>. Essa afirmação mostra algo para além do pensamento jurídico, atingindo a própria estrutura do Estado.

Na utilização do direito canônico nos tribunais, é possível perceber que a Lei da Boa Razão, embora pretendesse, não era vista como a lei moderna, de tal forma que sua proibição não era utilizada por aqueles que em nome do reino aplicavam a justiça, os juízes.

Se o direito possessório já demonstra o quanto o direito canônico ainda era usado no cenário jurídico oitocentista, existe uma matéria que deixa esta influência e uso muito mais robustos, o direito matrimonial. Isso porque *“o casamento é uma instituição que é regida não apenas por leis civis e eclesiásticas, mas por hábitos, costumes, tradições; reflexo do contexto em que vivem os contraentes.”*<sup>135</sup>

---

<sup>133</sup> BARBOSA, 2005, p. 84.

<sup>134</sup> STAUT JUNIOR, 2009, p. 171.

<sup>135</sup> LEMOS. Carlos Cesar. O Casamento no Paraná, séculos XVIII e XIX. Dissertação de mestrado em história, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1987. p.81.

Esta tão forte influência no direito matrimonial não continuou a ocorrer sem resistências, vez que *“houve, a partir da Independência, uma crescente produção legislativa regulando as mais diversas relações privadas em nosso país”*<sup>136</sup>, e muitas dessas produções legislativas vinham com *“uma proposta de uma visão laica de mundo”*<sup>137</sup>

Esta busca por modernização pode ser vista nas palavras de Tobias Barreto:

*“O que se quer, e o que importa principalmente, é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo, debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwinica. E isto não é somente uma exigência lógica, é ainda uma necessidade real para o cultivo do direito; porquanto não há nada mais pernicioso às ciências do que mantê-las inteiramente isoladas”*<sup>138</sup>

Quanto à regulamentação do casamento em nosso século XIX, sem a promulgação do Código Civil nacional, eram as ordenações Filipinas que dispunham sobre o tema. Sobre isso, escreve Breezy Ferreira:

*“Ao disciplinar o casamento, as Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 47) admitiam o matrimônio realizado sob as determinações do Concílio de Trento”*<sup>139</sup>, e, também, aquele realizado apenas com o consentimento dos nubentes na presença de testemunhas, ainda que não houvesse intervenção alguma da autoridade eclesiástica, disciplina que durou até o ano de 1827, quando foi editado o decreto de 3 de novembro”<sup>140</sup>.

Com isso é possível perceber não apenas a presença do direito canônico, mas também a existência de uma pluralidade jurídica quanto ao tema.

---

<sup>136</sup> FERREIRA, 2008, p. 52.

<sup>137</sup> FERREIRA, 2008, p. 45.

<sup>138</sup> BARRETO, Tobias. *Estudos de Direito*. Ed. fac-similar, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 56.

<sup>139</sup> *“de acordo com as determinações do Concílio de Trento, a Igreja firma sua posição no sentido de que o matrimônio deva ser realizado na presença de, pelo menos, duas testemunhas, perante a autoridade do sacerdote, com fundamento na noção de sacramento”*. FERREIRA, 2008, p. 59.

<sup>140</sup> FERREIRA, 2008, p. 56.



Para além do concílio trentino, a primeira obra jurídica nacional que se ocupava do tema casamento não veio do Estado, mas sim da própria Igreja. Buscando adaptar as constituições vindas do bispado de Lisboa, e tendo como diretriz o Concílio de Trento, ainda no século XVIII, as “Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia”<sup>141</sup>, em seu Livro I, trouxeram as diretrizes do casamento em terras brasileiras.

O Império irá editar sua primeira lei sobre o casamento somente em 1827, com a edição do já citado decreto de 3 de novembro, isso porque não houve qualquer menção acerca do casamento na Constituição Imperial<sup>142</sup>. Este decreto nada mais fez do que oficializar as orientações do Concílio de Trento como regras para os casamentos realizados em terras brasileiras, tornando inválidos os casamentos realizados em desacordo com as exigências trazidas pela Igreja. Isso nos mostra *“a grande influência que a igreja sempre exerceu na vida da sociedade brasileira, inclusive como substituta do Estado”*<sup>143</sup>.

Este decreto mostra a visão que se tinha nos oitocentos acerca do poder legislativo do Estado. Ao invés de chamar para si a responsabilidade de legislador do direito matrimonial o Império acaba por dar peso às recomendações e exigências da Igreja. Esta atitude nos move, inevitavelmente, a perguntar se o Estado poderia fazer algo diferente disso, ou seja, se neste momento o Estado, ao invés de legitimar o que já vinha ocorrendo, – o uso das regras da Igreja –, poderia, através de um decreto ou lei, impor modificações a esta realidade. Apontando para uma resposta, Breezy Ferreira, afirma

*“Assim, portanto, durante o período colonial, apesar de existir a legislação (Ordenações) regulamentando a constituição do matrimônio, consubstanciada nas Ordenações e decretos legislativos, verifica-se, também, a influência das leis canônicas, quais sejam, o Concílio de Trento e as Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, apesar de não haver, ainda, a obrigatoriedade da realização do matrimônio de acordo com as suas prescrições.”*<sup>144</sup>

---

<sup>141</sup> VIDE, Sebastião Monteiro da. Constituições primeiras do arcebispado da Bahia. São Paulo: Edusp, 2010, p. 10.

<sup>142</sup> FERREIRA, 2008, p. 63.

<sup>143</sup> FERREIRA, 2008, p. 60.

<sup>144</sup> FERREIRA, 2008, p. 61.

Essa afirmação das regras canônicas para o casamento não ocorria por ocasião de um acordo político, mas sim devido a uma interpretação da ordem jurídica. Era a Igreja, segundo uma ótica jurídica plural, a competente para ditar regras para o casamento, “*não cabia ao Estado impor, através de normas legais, as condições de validade do casamento, assim como o ritual para sua celebração*”<sup>145</sup>. Muitas foram as tentativas de se discutir a regulamentação do casamento através das leis do Império, mas nenhuma teve grande aplicação.

Sobre a realidade jurídica desta época, preocupar-se-á com a opinião, discussões e análises feitas pelos juristas do próprio século XIX. Podemos vislumbrar tal análise através de uma revista que teve início ainda no século XIX, mais especificamente em 1873, chamada “O Direito”. Esta revista é bastante importante porque esteve em circulação por grande período, diferentemente de outras revistas cuja duração não permite uma análise de maior tempo.

Esta revista era de circulação nacional, periodicidade trimestral e se ocupava de questões relacionadas à doutrina, legislação e jurisprudência. A partir dela, é possível analisar o último quarto de século dos oitocentos, vez que seu período de vida vai do ano de 1873 até meados do século XX. Nesta revista, podemos encontrar “toda a legislação, jurisprudência referente a quase todos os casos jurídicos controvertidos e profícuos ensinamentos em numerosos artigos de doutrina. É o *Direito* um repositório de leis, julgados e doutrina, em que se acha solução pronta e fácil para quase todas as dúvidas”<sup>146</sup>.

Durante toda sua duração no século XIX (1873 a 1900), podemos perceber, como o quadro abaixo (tabela 1) indica, que vários assuntos conjugais foram debatidos nesta revista.

Tabela 1 Relação de assuntos conjugais na doutrina do período investigado<sup>147</sup>

|  | Assunto relacionado | Autor | Ano |
|--|---------------------|-------|-----|
|--|---------------------|-------|-----|

<sup>145</sup> CHAVES, Antônio. Tratado de direito civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, vol. 5, p. 64.

<sup>146</sup> MONTE, João José de. O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: v. 61, anno XXI, maio a agosto, 1893, p. 321.

<sup>147</sup> FERREIRA, 2008, p. 100.

|    |   |                                 |      |
|----|---|---------------------------------|------|
| 1  | Divórcio – novas núpcias – poligamia                    | Antonio Joaquim Ribas           | 1873 |
| 2  | Divórcio – filiação – sucessão                          | João Carlos de Oliva Maia       | 1874 |
| 3  | Casamento misto – Concílio de Trento                    | Francisco Vilhena               | 1876 |
| 4  | Casamento civil – casamento religioso                   | Antonio Candido da Cunha Leitão | 1877 |
| 5  | Divórcio – crítica                                      | Tarquínio de Souza Filho        | 1882 |
| 6  | Casamento de menor com ofensor                          | Virgílio Cardoso de Oliveira    | 1891 |
| 7  | Casamento de menor com ofensor                          | Luiz B. Marques Pitaluga        | 1892 |
| 8  | Casamento de menor com ofensor                          | Virgílio Cardoso de Oliveira    | 1893 |
| 9  | Casamento civil – reflexos nos filhos e bens – bíbuna   | Arthur Carneiro da Rocha        | 1894 |
| 10 | Casamento civil – casamento religioso: antes ou depois? | Virgílio Domingues da Silva     | 1894 |
| 11 | Divórcio – cônjuge que deu causa                        | Pedro dos Santos Torres         | 1895 |
| 12 | Casamento nulo – adultério                              | Augusto Vergne de Abreu         | 1900 |

Esta constatação não poderia ser diferente, vez que o casamento é bastante ligado à vida da população, sujeitando-se à influência de hábitos, costumes, e tradições. Esta instituição, enquanto reflexo do contexto em que vivem os contraentes, necessariamente foi alvo de muitas discussões.

Outro levantamento interessante, que segue no quadro abaixo (tabela 2), é aquele que demonstra quais eram as fontes formais citadas nestes artigos.

Tabela 2 Quantidade de fontes formais citadas nos artigos<sup>148</sup>

| Fontes formais brasileiras (decretos)                   | Quantidade |
|---|------------|
| Legislação sobre casamento                              | 11         |
| Ordenações  | 8          |
| Consolidação das Leis Civis                             | 3          |
| Concílio de Trento e Const. Primeiras do Arcebispado da | 6          |

<sup>148</sup>FERREIRA, 2008, p. 100.

|  |   |
|--|---|
| Bahia                                    |   |
| Direito romano                           | 3 |
| Resoluções, regimentos, avisos e alvarás | 8 |

Como se pode ver, as normas que vinham da igreja, nas tabelas representadas pelo Concílio de Trento e pelas Constituições Primeiras do Arcebispado da Bahia, eram bastante utilizadas quando a discussão girava em torno do casamento. Segundo João Carlos de Oliva Maia, em texto retirado desta revista, o direito canônico,

*“legisla sobre o vínculo e sobre a unidade conjugal em si, e quanto aos efeitos relativamente à prole; o Civil, de harmonia com o Natural, respeita e sanciona o contrato para firmar os direitos que dele derivam, quer em relação aos esposos, quer em referência aos filhos e à família”.*<sup>149</sup>

Outro levantamento que vale a pena trazer é a relação de assuntos conjugais presentes na jurisprudência do período pesquisado. Segue o levantamento (tabela 3) das fontes formais citadas nesta jurisprudência.

Tabela 3 Quantidade de fontes formais citadas na jurisprudência<sup>150</sup>

| Fonte   | Quantidade |
|---|------------|
| Legislação sobre casamento e conexos                          | 48         |
| Ordenações  | 29         |
| Consolidação  | 9          |
| Concílio de Trento e Const. Primeiras do Arcebispado da Bahia | 14         |
| Direito romano  | 2          |
| Resoluções, regimentos, avisos e alvarás                      | 13         |
| Direito estrangeiro   | 2          |

Os números possibilitam ver como as normas da Igreja continuavam sendo usadas na jurisprudência como fontes formais ainda no século XIX,

<sup>149</sup> MAIA, João Carlos de Oliva, Divórcio do matrimônio. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, ano II, 1874, p. 264.

<sup>150</sup> FERREIRA, 2008, p. 113.

demonstrando como o direito da Igreja, em terras brasileiras, foi usado enquanto fonte formal em nossos tribunais até o final do século XIX.

Mas as argumentações e usos das fontes jurídicas também são importantes nesse momento. Entender como o direito canônico era usado nas matérias jurídicas possibilita dar um passo a mais na compreensão da cultura jurídica do período.

O texto de Antonio Joaquim Ribas, de 1873, auxilia nessa compreensão<sup>151</sup>. Ao discutir o casamento de acatólicos que já haviam contraído matrimônio enquanto católicos, Antonio Joaquim Ribas demonstra a importância do uso do Direito canônico para a matéria. Em seus escritos o autor evidencia a falta de leis sobre a matéria e deixa claro que, independente de credo, o casamento continua sustentando os contornos cristãos católicos, de tal forma que continua mantendo sua indissolubilidade, como ensinado pelos cânones da Igreja. Para o autor

“enquanto permanecer válido o primeiro casamento acatholico, não poderá um dos conjuges contrahir, segundo os ritos catholicos, outro que surta efeitos civis, ainda quando pela sua conversão á religião catholica, seja este religiosamente válido”<sup>152</sup>

O autor chega a esta conclusão unindo a lei civil e a canônica. Enquanto a lei civil permite casamento de acatólicos, dá a esses o mesmo regime canônico dos casamentos de católicos. Isso significa que mesmo que os ritos acatólicos permitissem a separação ou que a pessoa que professasse fé não católica se convertesse ao catolicismo já tendo contraído matrimônio, de qualquer maneira, o casamento primeiro seria indissolúvel.

O raciocínio usado era simples. O Império havia permitido o casamento de acatólicos em seu território, permitindo uma celebração diferente da católica, contudo, isso não modificaria a natureza do instituto. Com isso, a cerimônia poderia ser diferente da feita pelos católicos, contudo, os efeitos gerados eram os mesmos, aqueles trazidos pelos cânones da Igreja Católica.

---

<sup>151</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Questões sobre matrimônio. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.1, anno I, 1873, Pg. 297/300.

<sup>152</sup> RIBAS, 1873, Pg. 298

Se a validade do casamento – independente de qual credo a pessoa professasse – devesse se dar segundo o Direito Canônico, sua existência e extinção também. Ora, o direito canônico não permitia, por exemplo, o divórcio, mas muitas religiões acatólicas admitiam, com base no Direito Romano, o divórcio. Isso trouxe uma nova discussão, o aceite de casamentos acatólicos pelo Império significava admitir totalmente suas regras sobre o matrimônio? Seria, então, lícito o divórcio?

O posicionamento do Dr. Brazilio A. Machado d'Oliveira, em texto publicado em 1886<sup>153</sup>, parece ser o mesmo de Antonio Joaquim Ribas, citado acima. Independente da liberdade religiosa e da possibilidade de culto matrimonial diverso do católico romano, a essência, aceita pelo Império, não pode ser modificada, valendo, para católicos e acatólicos, as leis canônicas.

Sendo assim, o divórcio não seria lícito. Segundo o autor, “*a indissolubilidade do contrato conjugal não é em si um princípio primário do Direito Natural, mas decorre como consequencia de muitos princípios desse mesmo Direito,*”<sup>154</sup> sendo assim, “*o matrimonio é indissolúvel por toda a vida, porque assim exige sua índole essencial*”.<sup>155</sup>

O Juízo de Direito de S. João da Barra, em sentença assinada dia 1º de julho de 1873<sup>156</sup>, parece concordar com a complexidade das fontes para a matéria. Ao falar sobre o casamento em uma de suas sentenças, o juiz Francisco Ferreira Corrêa afirma que o matrimônio deve ser administrado pelo direito civil, pelas leis da Igreja, pelo Concílio Trentino e pela Constituição primeira do Arcebispado da Bahia. Segundo o magistrado,

*“Bem patente se torna que o matrimonio não é regido exclusivamente pelas Leis da Igreja; as civis também têm n’elle immediata interferencia, e são-lhe applicaveis as Leis de 19 de Junho e 29 de Novembro de 1775 e de 6 de outubro de 1784, sem alteração das disposições do Concílio Trentino, Sec. 24, Cap. 1º Reformatione matrimonii, e da Const. Do Arceb. Da Bahia, no Liv. 1º,*

<sup>153</sup> OLIVEIRA, Brazilio A. Machado D’. Doutrina. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.39, anno XIV, janeiro a abril, 1886, Pg. 1/15.

<sup>154</sup> OLIVEIRA, 1886, p. 7.

<sup>155</sup> Ibid. p. 8.

<sup>156</sup> CORRÊA, 1873, p. 336/343.

*TIT 68 § 291, que preponderão e vigorão em todos os Bispados do Império*<sup>157</sup>

O juiz admite não ser fácil lidar com tantas fontes, mas assegura que isso se dá “*em consequencia do acordo e consorcio que existe entre Igreja e o Estado*”.<sup>158</sup>

O Dr. João Carlos de Oliva Maia parece concordar com o juízo supracitado. Em texto publicado em 1874<sup>159</sup> o jurista afirma, “*O casamento e a sua dissolução cahem na alçada do Direito Canônico e Civil*”<sup>160</sup>, entretanto, separa a função dos dois direitos, cabendo certa parte para cada um regular.

*“O Direito Canônico legisla sobre o vínculo e sobre a unidade conjugal em si, e quanto aos effeitos relativamente á prole; o Civil, de harmonia com o Natural, respeita e sanciona o contracto para firmar os Direitos que d'elle derivão, quer em relação aos esposos, quer em referencia aos filhos e á família*”<sup>161</sup>

O que facilitava essa convivência era o aceite do Império aos cânones da Igreja e a semelhança do instituto em ambas as esferas. Segundo o Dr. Gentil Hemem de Almeida Braga, em impugnação apresentada em 7 de novembro de 1872, em processo que tramitava no juízo de 1ª instância de órfãos da Capital do Pará e em 2ª instancia no Tribunal de Relação do Maranhão<sup>162</sup>, “*a nossa lei civil nada distingue no matrimonio; toma-o como sacramento estatuído pelo direito canônico, e marca-lhe os naturaes effeitos*”.<sup>163</sup>

Em outro texto<sup>164</sup>, Antonio Candido da Cunha Leitão, vai ainda mais longe. Ao ouvir que algumas nações haviam instituído o casamento civil, o

---

<sup>157</sup> Ibid. p. 338.

<sup>158</sup> Ibid p. 341

<sup>159</sup> MAIA, 1874, p. 257/271.

<sup>160</sup> MAIA, 1874, p. 264.

<sup>161</sup> Ibid. p. 264.

<sup>162</sup> SILVA, Luiz Antonio Vieira da. Revista Civil N. 8,414. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.2, anno I, janeiro a abril, 1873, Pg. 329/338.

<sup>163</sup> Ibid., P. 334.

<sup>164</sup> LEITÃO, Antonio Candido da Cunha. Casamento Civil. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.12, anno V, janeiro a abril, 1887, Pg. 50/65.

autor faz severas críticas à regulação do matrimônio pelo Estado. Para Leitão, *“nunca a família teve importância tão alta como quando vinculada por um laço religioso, [isso] foi o resultado de matrimônio elevado á sanctidade de sacramento.”*<sup>165</sup>

Para Leitão, nem sempre a humanidade havia respeitado o laço religioso posto pelo próprio Deus e isso haveria trazido prejuízos à humanidade, isso porque, independente de como a sociedade vivencie o matrimônio, a lei divina jamais é revogada<sup>166</sup>.

Quanto à possibilidade de se instituir o casamento civil no Brasil, Leitão afirma que isso não teria *“nenhuma utilidade, nenhuma necessidade!”*<sup>167</sup> Para ele, *“a sociedade catholica não pode dar ao matrimônio organização puramente civil, (...) A jurisdição do Estado limita-se apenas aos efeitos civis do matrimônio.”*<sup>168</sup>

Antonio Candido da Cunha Leitão afirma saber que nações “ditas civilizadas” e que servem de inspiração para a nação e o Direito, como o caso da França, haviam instituído o casamento civil, mas o jurista não vê isso com bons olhos e espera que o Brasil não siga o mesmo caminho. Segundo palavras do próprio autor, *“deixemos que algumas nações catholicas da Europa vão proclamando o casamento civil; o futuro incumbir-se-há de convencer-as do mal que fazem.”*<sup>169</sup>

A utilização, por parte do Direito, dos conceitos políticos e teológicos não acontecem por acaso. A própria compreensão da constituição da família - conforme evidencia João Pereira Monteiro em texto sobre a constituição da família e o direito privado de 1875<sup>170</sup> - tem amplas ligações com a teologia. Segundo o autor, o casamento pagão na Roma pré-cristã havia sido desfigurado, *“mas o christianismo, mais poderoso que a sabedoria pagã,*

---

<sup>165</sup> Ibid. Pg. 51.

<sup>166</sup> LEITÃO, 1877. p. 52.

<sup>167</sup> Ibid. p. 63.

<sup>168</sup> Ibid. p. 60.

<sup>169</sup> Ibid. p. 65.

<sup>170</sup> RIBAS, Antonio Joaquim. Do Direito Privado- *Dos princípios Reguladores do Direito Privado. O Direito*: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.6, anno III, 1875, p. 20/36.



*salvou o casamento, a família e a sociedade.*<sup>171</sup> O autor reconhece que é necessária a intervenção do direito divino e humano no casamento, justamente porque *“o casamento tem um lado humano e um lado divino”*.<sup>172</sup>

Com isso, podemos concluir que não só a história política entre Igreja e Estado no Brasil se “arrastou” até o final do século XIX, mas também a jurídica, mostrando que o século XIX jurídico brasileiro ainda resistia plural. Seja pelos cânones, pela moral ou mesmo pelas explicações teológicas, o direito canônico foi forte partícipe da plural construção de justiça no Império, estando presente no dia a dia jurídico do Brasil imperial.

---

<sup>171</sup> Ibid. p. 27.

<sup>172</sup> Ibid. 1875. p. 27.

### **3.0 Direito, Política e religião no apagar das luzes do Império.**

#### **3.1 A agonia do Império e os novos embates com o poder religioso.**

A união entre Igreja e Estado começou a mostrar sinais de desgastes ainda no Império. O próprio Império, acostumado com poucos momentos de calmarias políticas, já no final da década de 60 enfrentava muitos problemas. Seja pela insatisfação de parte da burguesia nacional ou pelo fortalecimento das ideias republicanas, a instabilidade do Império era cada vez mais visível.

Para ajudar ainda mais esse cenário de instabilidade, a Igreja, que logo após a independência nacional se mostrava bastante submissa ao Império, começa a demonstrar sinais de insatisfação com as opções políticas e jurídicas tomadas pelo Imperador, seus ministros e seus parlamentares.

A participação do clero no Senado é um desses indicadores. Os padres e bispos senadores eram desde o início do Império partícipes frequentes das ações do Senado. Com frequentes intervenções nas sessões e grandes responsabilidades, como a presidência da casa, os clérigos eram importantes nas tomadas de decisões legislativas do Império. Acontece que a partir da nona legislatura a participação clerical no senado dá sinais de desgaste, chegando ao ponto que por mais de 8 anos o Senado ficou sem ouvir uma voz sequer de um clérigo em suas sessões.

O silêncio sacerdotal no Senado, que teve início em 1853, só foi quebrado no dia 30 de maio de 1865, contudo, por uma figura que se pode considerar híbrida. Da 12ª até a 19ª legislatura somente o Pe. Tomás Pompeu de Souza Brasil toma a palavra para se dirigir ao Senado, todos os outros clérigos continuam em silêncio. Acontece que o Pe. Tomás Pompeu de Souza Brasil, embora eleito como sacerdote, abandonou o ministério sacerdotal e laicizou-se, por isso, considera-se para este trabalho o Pe. Tomás uma figura híbrida, por ter iniciado seus trabalhos no senado enquanto padre e finalizado enquanto “ex-padre”.

Independente de “largar a batina”, Pe. Pompeu jamais largou sua adesão à Igreja Católica, tornando-se figura interessante no estudo dessa

relação entre Igreja e Estado. Nada mais oportuno para este estudo do que em um momento de vários embates políticos entre Estado e Igreja e de um total desinteresse dos padres senadores em participar das discussões parlamentares, encontrar um padre senador que deixa de ser padre, mas continua adepto a Igreja em sua participação parlamentar.

Pe. Pompeu mostra uma história pessoal parecida com a história nacional. Inicia-se religioso e posteriormente laiciza-se sem, contudo, conseguir uma secularização efetiva e por isso, mostra-se uma figura interessante para a época.

Em sua primeira participação no Senado o Pe. Pompeu já demonstra seu apego aos dados e tabelas, além de ir ao socorro da organização religiosa do país e do ensino praticado pelas escolas e seminários. Pe. Pompeu demonstra através de dados como a organização eclesiástica estabelecida pelo Império em doze bispados é falha, já que a população passara dos 10.000.000 de habitantes e afirma que *“não há país nenhum católico onde uma população tão extensa e derramada em uma superfície tão vasta tenha tão poucos bispados”*,<sup>173</sup> e faz votos que *“o mais cedo possível se adote uma circunscrição eclesiástica mais cômoda aos interesses espirituais”*.<sup>174</sup>

Na 13ª legislatura, de 1867 a 1868, novamente, as falas do Pe. Pompeu voltam-se, em sua maioria, para questões orçamentárias, importantes por sua existência, mas não tão importantes na materialidade das discussões. No entanto, a 14ª legislatura trouxe novamente a discussão sobre a relação entre Estado e Igreja. Tratava-se de um projeto vindo da Câmara dos Deputados que buscava revogar o decreto 1911, de 28 de março de 1857 – decreto que regulava a competência, a interposição, efeito e formas dos recursos à Coroa.

Esse projeto buscava atender a representação de alguns padres do Rio Grande do Sul que tinham sido suspensos de ordem pelo bispo local e tentavam reverter a decisão em recurso à Coroa. Acontece que o decreto 1911 não previa tal possibilidade, além disso, tal assunto era de caráter religioso e tratava-se claramente de decisão de competência do poder espiritual.

---

<sup>173</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 30 de maio de 1865. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 137.

<sup>174</sup> Ibid.. p. 137.

Conforme mostrado no capítulo anterior, a intervenção do Senado em assuntos da Igreja era corriqueiro e tão comum quanto a existência de religiosos dentro do parlamento. Acontece que esse projeto, de colocar nas mãos da Coroa assuntos tipicamente de ordem espiritual, trazia uma nova face a esta relação, e isso pode ser visto não só nas intenções do projeto, mas também nas defesas e respostas a ele.

Pe. Pompeu inicia sua fala tentando reforçar a existência de uma divisão entre o poder secular e espiritual. Segundo o sacerdote:

*“1º, falta de disposição canônica que confira aos bispos poder discricionário; 2º, mesmo que existisse tal disposição, ela estaria revogada pela lei civil.”<sup>175</sup>*

O que o religioso queria era mostrar que não há qualquer disposição canônica para que um bispo exerça funções terrenas que não lhe competem e, mesmo que alguma disposição houvesse, a lei civil impediria, pois sobre suas matérias, o domínio secular tem poder de revogar o espiritual.

O que o Pe. Pompeu demonstra em sua fala é que o caminho inverso, de interferência do poder espiritual em questões seculares não pode ocorrer, bem por isso, qualquer tentativa da esfera secular de usurpar competência do poder espiritual também não pode acontecer, porque os cânones impediriam. A tentativa é de mostrar aos colegas senadores que há um equilíbrio entre a esfera espiritual e religiosa e, para ambos os lados, ele deve ser respeitado.

Acontece que o Pe. Pompeu prossegue com seu discurso e nele evidencia certa defesa do equilíbrio entre o Império e a Igreja, defesa esta que antes parecia ser desnecessária. Décadas se passaram sem que essa defesa precisasse ser feita, mas a sua necessidade demonstra o surgimento, com alguma força, da vontade de um dos entes sobressair-se em poder em relação ao outro.

Ao que tudo indica, tal defesa começou a ser necessária por dois motivos. O primeiro é a necessidade de hierarquia trazida pelas ideias iluministas - existindo dois entes era preciso escalonar seu poder -, com isso,

---

<sup>175</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 5 de junho de 1869. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 167.

era necessário que o Estado, que passara a ser encarado como representante de todos, estivesse acima da Igreja; e o segundo a quantidade de atribuições dada ao Estado pelas ideias modernas, juntamente a necessidade desse Estado de centralizar a política e o Direito. A união desses elementos faz surgir, mesmo que de forma tímida, um Estado cada vez mais centralizador politicamente e juridicamente.

Dessa forma, defesas antes desnecessárias sobre a divisão de atribuições políticas e jurídicas entre Igreja e Estado trazidas pelo antigo regime parecem ser cada vez mais necessárias por parte daqueles que as defendem. É por isso que Pe. Pompeu continua, *“Eu desconheço a competência de poder civil para instituir matéria espiritual, obrigando a autoridade eclesiástica a obedecer em seu regime espiritual ao poder temporal”*,<sup>176</sup> e indaga seus companheiros senadores, *“Quem foi, senhores, que constituiu o principado civil em juiz ou árbitro dos negócios religiosos?”*.<sup>177</sup>

O que o Pe. Pompeu fazia era justamente clamar pela continuidade, pela perpetuação da relação entre Igreja e Estado herdada do medievo. Foi o medievo e seu direito, o *ius commune*, o grande laboratório de criação da existência harmoniosa entre o secular e o espiritual no ambiente jurídico.

Ao analisar esse período e sua organização jurídica Paolo Grossi, em sua obra *“Entre o Poder e o Ordenamento”*, afirma que a noção central do direito medieval é justamente a autonomia, o que é bem diferente da noção moderna de soberania. Ter a noção de que aquela sociedade medieval era formada por “ordenamentos autônomos” é indispensável, uma vez que a sociedade era plural.

A existência de uma realidade política pautada na autonomia e não na soberania nos desafia a pensar uma cultura jurídica plural, em uma realidade jurídica sem hierarquias. No antigo regime, todos os direitos, inclusive o civil e o canônico, seguiam a uma ordem. Ao falar sobre o direito medieval, Grossi afirma:

---

<sup>176</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 5 de junho de 1869. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 167.

<sup>177</sup> Ibid p. 167.

*“o resultado que se manifesta em toda em toda a sua tipicidade histórica é um resultado que não está nos projetos de um Príncipe, que não sai da sua cabeça, que não explicita as vontades benéficas ou maléficas, mas de qualquer modo potestativas, que não é controlado como se fosse uma marionete, que não é manobrado para beneficiar o Príncipe. Esse direito tem sua Onticidade, pertence a uma ordem objetiva, está no interior da natureza das coisas onde se pode e deve-se descobri-lo e lê-lo.”*<sup>178</sup>

Ao querer colocar a Coroa como recurso possível à decisão de bispos, o projeto apresentado pela Câmara dos Deputados interferia na ordem objetiva herdada do medievo. Se em tempos medievais, o cenário era plural e sem hierarquia, o pensamento iluminista começa a tentar imprimir uma centralização e hierarquização das normas, dando força ao “Estado” e à figura de seu representante, o Príncipe.

Essa mudança tem implicações no mundo político e jurídico, fazendo surgir uma *“nova perspectiva de relação entre poder político e ordem jurídica”*,<sup>179</sup> de tal sorte que, aos poucos, tenta-se superar um cenário de ordem jurídica, dando força ao poder político. Era justamente o que o projeto criticado pelo Pe. Pompeu trazia. As discussões no Senado demonstram que, em alguma medida, a ideia iluminista de hierarquização parecia ser, naquele momento, possível.

Desgostoso com tal possibilidade, o Pe. Pompeu continua,

*“Senhores, a filosofia fez uma descoberta importante no direito público moderno, consagrando a divisão poderes. Se este princípio é verdadeiro e de mais sabedoria, tanto está consagrado em nosso código fundamental como garantia dos nossos direitos políticos, com maioria de razão, essa separação deve existir entre poderes heterogêneos e diversos, que constituem outras e diferentes sociedades. Eu creio que nenhum católico pode negar que a Igreja forma uma sociedade perfeita, livre e independente, dotada de todos os direitos*

---

<sup>178</sup> GROSSI, 2006, p. 47.

<sup>179</sup> GROSSI, 2007, p. 34 e 35.

*necessários à consecução de seus fins, à felicidade espiritual.*<sup>180</sup>

A opção pela descoberta do “direito público moderno” do Pe. Pompeu nada mais é do que a opção pela continuidade das características da ordem medieval, mas com uma nova roupagem. Isso porque os contornos cada vez mais rígidos, construídos envolta do Estado, passam a exigir definições e contornos também da Igreja.

As falas apresentadas na tribuna do Senado pelo Pe. Pompeu demonstram uma consciente defesa da autonomia da Igreja. Ele sabia que recorrer à Coroa após decisão de bispos tornaria a relação entre Igreja e Estado desigual, pois o Estado passaria a ter poder sobre as decisões da Igreja e nessa hierarquia a Igreja ficaria por baixo. Por isso o religioso afirma:

*“Neste caso, senhores, o poder para quem se recorre e que invalida e reforma a sentença ou decisão em última instância é por certo superior àquele de quem se recorre e então a Igreja não passará de uma delegação do poder civil, uma repartição talvez, o um tribunal inferior”*<sup>181</sup>

O sacerdote sabia que sua contemporaneidade atribuía cada vez mais poder ao Estado e que o resultado final, por experiência de outras nações, seria o afastamento da Igreja e do Direito Canônico da oficialidade jurídica e política. Em meio às tantas tentativas de que isso acontecesse, Pe. Pompeu já se pronuncia não só sobre o projeto em discussão, mas sobre todos que tenham a mesma finalidade. *“Não só o presente projeto, como mesmo o decreto a que ele se refere e outras leis semelhantes, ofensivas ao regime espiritual, são outras tantas usurpações que se têm praticado”*.<sup>182</sup>

Como se defender a ordem e a Igreja dentro da casa legislativa do Estado já não fosse tarefa difícil, o Pe. Pompeu ainda tem que responder as críticas de seus companheiros liberais. Isso porque o projeto era defendido

---

<sup>180</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 5 de junho de 1869. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 167.

<sup>181</sup> Ibid. p. 167 e 168.

<sup>182</sup> Ibid p. 169.

pelos liberais e era pregado em nome de seus princípios, mas o assumidamente liberal Pe. Pompeu discorda e explica:

*“A liberdade pressupõe ordem e justiça. Ora, a atribuição de uma jurisdição ou de um poder para o qual não se tem direito ou competência e ordem, é a usurpação. Decerto o recurso é sempre uma garantia para as partes; mas é preciso saber para quem é o recurso, se para a autoridade superior e competente. Seria porventura um princípio liberal retirar do júri o conhecimento dos delitos comuns para sujeitá-los a tribunais especiais, por exemplo, a conselhos de guerra?”<sup>183</sup>*

Graças as falas de Pe. Pompeu e ao desconforto nítido que a matéria trazia aos parlamentares, que pareciam ainda não preparados para tal mudança, o projeto não foi aprovado.

Essa discussão sobre o recurso à Coroa chegou até os escritos jurídicos da época. O Dr. João Thomé da Silva publicou em 1881 um texto sobre o Recurso à Coroa e a liberdade e independência da Igreja<sup>184</sup>.

O autor começa reforçando a existência de dois poderes, distintos e igualmente independentes, *“o throno e o altar”*<sup>185</sup>. E continua,

*“Na Egreja, o poder espiritual: no Estado, o poder temporal; cada um com sua esphéra, economia, e leis distinctas, exercendo sua acção sobre interesses de ordem diversa.  
O Estado dirigindo e apperfeiçoando a humanidade na vida terrestre.  
A Egreja conduzindo-a á conquista do céu, sob o standart da cruz”.*<sup>186</sup>

Note-se que a continuidade da separação entre Estado e Igreja permanece firme até a última década do Império e continua em aberto os contornos exatos dessa relação no direito da época.

<sup>183</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 5 de junho de 1869. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 169.

<sup>184</sup> SILVA, João Thomé da. Doutrina. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 26, anno IX, setembro a dezembro, 1881, Pg. 5/15.

<sup>185</sup> Ibid. p. 5.

<sup>186</sup> Ibid. p. 6.



Concordando com o Pe. Pompeu, o Dr. Thomé afirma que a igreja constitui uma sociedade perfeita e tem um fim a realizar<sup>187</sup>. Continuando com um raciocínio parecido com aquele trazido pelo Pe. Pompeu, o jurista lembra que a ideia de revisão só é possível por tribunal superior, de tal forma que admitir um recurso à coroa, seria admitir superioridade da esfera secular em relação à espiritual.

O autor não vê com bons olhos essa possibilidade e afirma, *“proteja o Estado a Igreja, defendendo-a em seus direitos, em sua liberdade e independência, e não sacrificando-a, e sujeitando-a ao seu império!”*<sup>188</sup>

Dr. Thomé finaliza afirmando que tal decisão, além de injusta, é totalmente desnecessária, pois a Igreja tem sua própria e competente estrutura para lidar com os casos que lhe competem.

Os argumentos do senador, Pe. Pompeu, e do jurista, Dr. Thomé, prevaleceram durante o Império, e o projeto, embora debatido algumas vezes, foi rejeitado e não chegou a ser aprovado.

Em 30 de agosto de 1871, em nova sessão, o Pe. Pompeu evidencia em sua fala outra dificuldade enfrentada pela relação próxima entre Estado e Igreja no Império. Tratava-se de uma reclamação contra o aviso de 19 de maio de 1855 do então ministro da justiça, José Tomás Nabuco de Araújo, que proibia a admissão de noviços nos prelados e ordens religiosas do Império. Segundo esse aviso, os institutos religiosos do país não podiam aceitar novos candidatos à vida religiosa, isso, independente de possíveis baixas. Ora, a fala do Pe. Pompeu ocorreu em 1871, 16 anos depois do famigerado aviso, isso significa que durante todo esse tempo os institutos religiosos tiveram seu aceite de noviços dificultado, e alguns casos, totalmente encerrado.

Esse aviso, desde o primeiro dia, gerou grandes discussões. No meio jurídico a mais forte das críticas a esse aviso era a afirmação de que tal decisão seria inconstitucional, pois feriria a liberdade de associação e de profissão. Mas independente das críticas, o aviso continuou válido e surtindo grandes efeitos para os prelados e ordens religiosas.

---

<sup>187</sup> SILVA, 1881, p. 6.

<sup>188</sup> Ibid. p. 12.

Foi sugerido, por uma das comissões especiais da Câmara dos Deputados, que o Senado usasse uma lei para conseguir anular o aviso. Tal sugestão causou bastante desconforto ao Pe. Pompeu que não se conformava em ser preciso uma lei para reverter os danos de um aviso, que acima de tudo, seria inconstitucional. Segundo exclamação do parlamentar, *“Uma comissão da outra Câmara entende que esse aviso é inconstitucional, mas, coisa singular, dá-lhe a força de lei, e quer outra lei para revogá-lo!”*.<sup>189</sup>

Acontece que embora fosse grave o impedimento de que novas pessoas fossem admitidas para o noviciado nos institutos religiosos, mais grave ainda era a falta de amparo que o Império passara a ter a partir desse aviso com tais instituições, pois tão complicado quanto não ter novos candidatos à vida religiosa, era não ter condições de manter sequer aqueles que ali estavam.

O Pe. Pompeu exemplifica a situação de miséria vivida pelos institutos religiosos abandonados pelo Império detalhando a realidade da Ordem Carmelita. Segundo o padre,

*“Há dois modos de extinguir as ordens entre nós; ou reformá-las entendendo-se com a Santa Sé ou à Alexandre. Em todo caso é preferível tomar providência qualquer a deixar aqueles religiosos na miséria e estragando-se uma fortuna considerável.”*<sup>190</sup>

A deplorável situação dos institutos religiosos não era novidade e parecia não agradar muito aos senadores, no entanto, os parlamentares pareciam não ver saída e acabavam não sabendo o que fazer para resolver tal problema. O resultado desse aviso, ainda no Império, era o definhamento das ordens religiosas no Brasil.

A discussão trazida pelo Pe. Pompeu evidência algo interessante na relação entre Estado e Igreja neste momento. Enquanto estado confessional, por previsão constitucional, o Brasil Imperial tinha obrigação moral e jurídica de auxiliar a Igreja, como havia feito durante toda sua existência. No entanto, um simples aviso do ministro da justiça teve poder o suficiente para praticamente

<sup>189</sup> SOUZA BRASIL, Tomás Pompeu de. Sessão do Senado de 30 de agosto de 1871. In: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 254.

<sup>190</sup> Ibid. p. 254.

decretar a morte dos institutos religiosos do império, parte muito importante da Igreja. Sobre esse assunto, escreve Edgar da Silva Gomes,

“O governo manteve as ordens religiosas tradicionais subjugadas a uma situação jurídica de inferioridade, onde em toda a legislação do período colonial e do primeiro reinado eram feitas restrições ao ingresso de novos membros além de manter a ingerência do Estado nos assuntos religiosos de pouca utilidade, obsoletos para desempenharem qualquer função de interesse do Estado já que a catequese de negros e índios não era mais necessária, com isso volto a colocar que quase foi decretada a morte dos religiosos “brasileiros”.

Um ponto crítico foi a proibição do noviciado por aviso do ministro da justiça no ano de 1855 – até que se procedesse a reforma pretendida pelo governo nas ordens religiosas na tratativa com a Santa Sé – os religiosos aceitaram pacificamente esta medida por já estarem acostumados a tais atitudes restritiva dos religiosos já eram uma rotina legislativa, por este motivo quase que foram morrendo lentamente, ao passo que só se deram conta da gravidade no ano de 1870 com a reação esboçado pelos beneditinos do Rio de Janeiro.”<sup>191</sup>

Tudo isso parece evidenciar um enfraquecimento da relação de dependência entre Igreja e Estado, e realmente foi um tipo de enfraquecimento, principalmente nas questões financeiras, contudo, em meio às mudanças e permanências típicas desse momento histórico, esse episódio não significou muito mais do que um abandono financeiro por parte do Império para com certas casas religiosas.

Enquanto as ordens religiosas já existentes no Império foram sofrendo com a falta de recursos, o Imperador continuou autorizando a chegada de outros institutos que, cientes da situação financeira vivida por aqui, chegaram com uma mentalidade muito menos dependente da Coroa, conseguindo criar outros mecanismos de arrecadação e se espalhando aos montes pelo Império.

Segundo Riolando Azzi, em dois estudos publicados na Revista do IHGB<sup>192</sup>, esses acontecimentos se deram porque algumas pessoas importantes, como o próprio Imperador, consideravam que a época dos frades

---

<sup>191</sup> GOMES, 2009, p. 72.

<sup>192</sup> AZZI, Riolando. D. Pedro II e a reforma do clero do Brasil. In: Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro. p.22-44. Volume 314. Rio de Janeiro: Imprensa nacional. 1977 e AZZI, Riolando. D. Pedro II perante os institutos religiosos do Brasil. In: Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro. p.124-151. Volume 316. Rio de Janeiro: Imprensa nacional. 1977.

já havia passado e que o momento era de renovação do clero. Sendo assim, a proibição do ingresso de noviços nas “velhas ordens” religiosas conseguiria dar cabo desse desejo. Em seu próprio diário o Imperador fala sobre o tema,

*“Dói-me ver como são desaproveitados os bens das ordens religiosas, e aprovando as ideias contidas no relatório de Nabuco, para que o valor de parte desses bens sirva para a educação do clero secular, oponho-me à entrada de noviço e noviças, a fim de que as ordens se vão extinguindo”*<sup>193</sup>

Bem por isso que tal decisão não chegava a afetar a Igreja de forma geral. Enquanto algumas poucas ordens eram esquecidas às traças, novas ordens, pós-Concílio de Trento, chegavam e tinham forte apoio da Coroa. É por isso que nem mesmo a Igreja fez muito barulho por causa do aviso e de suas consequências ruins.

A última legislatura do Império, a de número 20, teve sua primeira sessão ordinária de 03 de maio a 16 de outubro de 1886, mas não chegou a ter sua 4ª sessão, pois esta fora marcada para dia 20 de novembro de 1889, cinco dias depois da Proclamação da República, que extinguiu o Parlamento Imperial. Até o último segundo do Império, seu parlamento, bem como toda sua estrutura, não tinham respostas certas e firmes sobre a relação entre Estado e Igreja, contudo, a herança de interdependência dessas duas entidades fazia com que não se arriscasse uma separação, por receio do resultado, de ambas as partes.

E se tudo isso já não fosse o suficiente para se ter um ambiente complexo, a tentativa de mudança dessa ligação entre o religioso e o secular, foi extinguida, em princípio, por um simples decreto, a ser tratado no próximo capítulo.

Mas os embates legislativos do Senado eram somente parte de um desentendimento muito maior entre Estado e Igreja. É bem verdade que encontrar acontecimentos em que “a Igreja” se levantasse contra o Império de forma unânime é bastante difícil, contudo, não faltaram episódios de

---

<sup>193</sup> Diário do Imperador em 1862. Apud. Notas e comentários: O Clero no parlamento brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982. p. 331.

movimentos e revoltas, ora menos expressivos, ora mais, que contestavam as atitudes do Estado e defendiam, em alguma medida, a Igreja.

Um exemplo dessas revoltas foi a chamada “Guerra dos Marimbondos”,<sup>194</sup> um levante de homens livres e pobres, camponeses em sua maioria, que, resumidamente, ergueram-se contra o regulamento do registro dos nascimentos e óbitos no Império. É claro que essa simples explicação não seria capaz de traduzir essa revolta, contudo, no momento, basta saber que a “Guerra dos Marimbondos” unia em suas reivindicações a insegurança política e social desses camponeses, aliadas à insatisfação do clero local em ter que dividir com o Estado sua função de emissor e guardião das certidões de nascimentos e óbitos. Aliás, muitas revoltas da segunda metade do século XIX tinham esta disposição, a união de insatisfações políticas e sociais de certas comunidades com a insatisfação do clero local com decisões do Império.

Mas dentro desses embates, uma questão em particular abalou bastante a relação entre o Império e a Igreja Católica. Tratava-se de um embate, há muito silencioso, entre a formação ultramontana de alguns bispos e o regalismo imperial, que teve grande repercussão graças aos episódios envolvendo os bispos de Olinda (D. Vital) e do Pará (D. Macedo Costa).<sup>195</sup> Os dois religiosos haviam sido condenados no que se designou por alguns de “Questão Religiosa”.

A “Questão Religiosa” tomou grandes proporções no início da década de 70 dos oitocentos, e envolveu discussões acerca da liberdade dos bispos de fazerem opção pelas recomendações do Papa, em detrimento das decisões do governo. Mais especificamente tratou-se do levante de alguns religiosos contra a maçonaria e seus membros, obedecendo às recomendações de Roma e desagradando o Império e seus decretos. Em resumo, *“A Igreja neste contexto tratava uma luta conservadora e antimaçônica que estava além de nossas fronteiras, ao contrário, já vinha contagiada pelo embate que ocorria na Europa.”*<sup>196</sup>

---

<sup>194</sup> Sobre o episódio, recomenda-se o texto de Guillermo de Jesus Palacios y Olyvares, intitulado Revoltas camponesas no Brasil escravista: a 'Guerra dos Maribondos' (Pernambuco, 1851-1852). <http://revistas.usp.br/alb/article/view/11631>

<sup>195</sup> GOMES, 2009, p. 73.

<sup>196</sup> GOMES, 2009, p. 74.

D. Vital e D. Macedo, buscando obedecer ao Papa, iniciaram um trabalho de expulsão dos maçons da convivência religiosa. Essa decisão culminou no fechamento de várias casas religiosas e irmandades comandadas por padres ou leigos maçons. Inconformados com essa decisão os católicos maçons subordinados a esses bispos recorreram ao poder temporal, responsável por regular o estatuto dessas irmandades que, em tempo de padroado, eram consideradas mistas (religiosas e civis). O poder temporal mandou que os bispos voltassem atrás e trouxesse as casas religiosas e irmandades de volta à ativa, sob pena de desobediência.

A tentativa da hierarquia católica brasileira de resolver tomar medidas para coibir o que considerava um abuso, entrando em conflito com os maçons, fez com que o Estado interviesse com suas prerrogativas baseadas no sistema do padroado e tentasse sufocar o levante católico contra os maçons, acusando aqueles que insistiam no embate de infratores da lei de desobediência.

A posição de enfrentamento da hierarquia católica frente à maçonaria era uma tentativa de ruptura por parte do clero conservador e ultramontano. Embora a Igreja já se colocasse em lado oposto à maçonaria já fazia bastante tempo, a prática vista no Brasil era bastante diferente, isso porque *“uma parte considerável do clero era liberal e maçônica como os políticos”*.<sup>197</sup>

Com o próprio clero dividido entre conservadores ultramontanos e liberais simpáticos à maçonaria o Império buscava evitar um embate contra a Igreja, mas tomava posição contra a parte errada do clero, aquela que ousava enfrentar as decisões da Coroa. Acontece que o embate acabou tomando grandes proporções, principalmente após a condenação dos dois bispos. Conforme nos ensina José Oscar Beozzo, ao analisar o período,

*Esse momento “representou para a Igreja um tempo de profunda fermentação em que se desenvolvia progressivamente, sobretudo no episcopado, a consciência da missão específica de Igreja bem como de sua autônoma face ao governo temporal. Sendo o apogeu do Império o apogeu também da ideia de um governo forte e centralizante, isso envolvia necessariamente um domínio exorbitante dentro do setor espiritual. Contra isso reage a Igreja. Mas reage igualmente contra a ideia antagônica que então assumia*

---

<sup>197</sup> GOMES, 2009, p. 74.

*grande expressão: o liberalismo. De forma que, embora a Igreja estivesse a favor de um governo forte e centralizante e também estivesse convencida da união sagrada entre “altar e trono”, no entanto se recusava a continuar numa posição de subserviência diante do poder temporal.”<sup>198</sup>*

A condenação dos dois bispos a 4 anos de prisão e trabalhos forçados realmente “fermentou” a Igreja, e gerou ainda mais instabilidade para o Império. Aproveitando o acontecido, a imprensa republicana tentou mostrar as debilidades do Império e até mesmo padres com tendência republicana começaram a criticar o Império e pregar a república como solução para o Brasil.

A repercussão foi tanta que o governo decidiu anistiar os bispos condenados, tentando acalmar a situação criada, no entanto, a atitude não foi o suficiente e a questão desconfortável entre Império e Igreja continuou. Conforme afirmou Ana Luiza Martins, ao falar sobre o final do Império e início da República,

*O governo brasileiro anistiou, em 1875, “aos dois prelados, numa tentativa de contornar a delicada situação. Mas a questão tinha já ido longe demais, indispondo o imperador com a Igreja, um dos sustentáculos do trono. Estremecimento que arranhava o Trono e enfraquecia ainda mais a monarquia.”<sup>199</sup>*

O contexto político no Império não era dos mais fáceis, isso porque se pode acrescentar ao período, além da instabilidade com a Igreja, uma imprensa bastante insatisfeita com a monarquia e com tendência republicanas; a ascensão de uma elite cafeicultora que buscava poder e via na Coroa um impedimento a isso; um exército insatisfeito e ressentido com a elite do poder após a Guerra do Paraguai e a escravidão, situação condenada internamente por muitos e internacionalmente por quase todos, que mostrava a fragilidade econômica do Império.<sup>200</sup>

<sup>198</sup> BEOZZO. José Oscar (coord.) História Geral da Igreja na América Latina: História da Igreja no Brasil. V. 2,2: Segunda época: Século XIX. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1992. p. 151.

<sup>199</sup> MARTINS. Ana Luiza. O despertar da república, São Paulo: contexto, 2001. P. 87.

<sup>200</sup> GOMES, 2009, p. 60/72.

Em meio a tudo isso a monarquia vai se enfraquecendo e cada vez mais parece não haver espaço no poder para se compartilhar com a Igreja. “O caráter oficial do catolicismo foi mantido até o final do segundo reinado, no entanto, os atritos foram uma constante”,<sup>201</sup> evidenciando a exigência de novas posturas e relações entre Igreja e Estado.

### 3.2 Um Direito em mudança.

O caminhar para o fim do Império, que resultou no início da República, teve impactos também no meio jurídico. Vale ressaltar que a ordem jurídica brasileira, inspirada na pluralidade jurídica europeia, trazia uma relação entre política e direito bastante diferente daquela instaurada pela modernidade. Ligadas, mas independentes, direito e política não se determinavam.

Por isso, o contexto jurídico do período não se resume aos acontecimentos políticos. Mesmo no final do século XIX o direito brasileiro conserva-se autônomo, seguindo caminhos segundo sua própria lógica. Como bem ensina Ricardo Marcelo Fonseca,

“o século XIX, em termos institucionais, mas também em termos da cultura jurídica, é uma época seminal mas também é uma época muito problemática. É um período marcado por diversas complexidades (tanto institucionais quanto culturais) que indicam todo o período oitocentista brasileiro (e mesmo depois) como um campo de tensões. É um lugar e um tempo onde tradições são recebidas, traduzidas, distorcidas e reinventadas.”<sup>202</sup>

Tais continuidades são explicáveis pelas muitas continuidades presentes durante todo o Império. Um exemplo dessas continuidades está nas faculdades Direito do Brasil. Durante todo o Império foram poucas as mudanças aplicadas ao ensino de Direito em terras tupiniquins.

O que existia eram muitos debates sobre os currículos, exigências aos candidatos às vagas das faculdades de Direito, matérias indispensáveis ao

---

<sup>201</sup> GOMES, 2009, p. 73.

<sup>202</sup> FONSECA. Ricardo Marcelo. A Pervivência do Direito Português no Brasil. Texto inédito. p. 5.



currículo das faculdades e até mesmo expansão dos cursos jurídicos, no entanto, todos estes debates aconteciam entre juristas e não saíam dos debates acadêmicos.

Com isso, o currículo permanecia muito parecido com aquele aprovado no início do Império e continuava contendo matérias que reforçavam a ideia do antigo regime aos acadêmicos, tais como Direito Natural Público e Direito Público Eclesiástico.

Dessa forma, a estrutura jurídico-acadêmica mantinha a composição do início do Império - que por sua vez manteve a estrutura de Portugal -, e sem mudanças consideráveis contribuía na manutenção da ordem jurídica plural.

Em relação à produção legislativa da época o que se via era algo bastante tímido e pouco modificativo. As produções legislativas da época pouco inovavam e quando havia algum tipo de modificação estranha à ordem jurídica aos quais eram acostumados os políticos e juristas, as propostas acabavam não sendo aprovadas, sufocadas pelas muitas discussões.

Embora o século que sucedeu as ações de Marquês de Pombal, para grande parte do mundo, tenha sido o momento em que o Estado conseguiu ascender ao posto de único emanador do direito, concretizando, através do Código, os ideais Jusnaturalistas e iluministas,<sup>203</sup> no Brasil isso não ocorreu. É bem verdade que neste século *“a burguesia já se instalou no poder”*,<sup>204</sup> contudo, isso não aconteceu em forma de revolução, tampouco teve força e capacidade de produzir um Código Civil.

Como já dito, o primeiro Código com “C” maiúsculo, que realmente atendia à *“radicalidade deste conceito”*<sup>205</sup>, foi o famoso “Code Civil”, o Código de Napoleão, datado de 1804. Conhecido como um tipo de Constituição civil burguesa, o Código moderno deveria buscar estruturar a sociedade, auxiliando a sociedade a revelar-se a si mesma, além de organizá-la e consolidá-la definitivamente.<sup>206</sup>

---

<sup>203</sup> CAPPELLINI, 2007, p 17.

<sup>204</sup> Fonseca. O positivismo, historiografia positivista e a história do direito. p 143.

<sup>205</sup> Fonseca. A modernização frustrada: a questão da codificação Civil no Brasil do século XIX. p 01.

<sup>206</sup> CAPPELLINI, 2007 p 18.

Após a criação deste Código - devido ao grande trabalho de difusão das ideias que lhe dão força - aconteceu em várias partes do mundo o que se designou chamar de “*onda codificadora*”, tornando o debate sobre codificação onipresente em toda a Europa<sup>207</sup>. Esta codificação buscava através dos Códigos um “*modelo de planificação no campo jurídico*”<sup>208</sup>.

Acontece que o século XIX brasileiro não continha, ainda, a prática de ter o Estado como único emanador do Direito, e dentro de uma ordem jurídica plural, continuava dividindo esta função. É bem verdade que a Constituição do Império, já em 1824, previa a criação de um Código Civil, contudo, o Império caiu e código não se viu.

Embora o Código Civil não fosse promulgado, mesmo com as tentativas, “*houve uma série de importantes adventos legislativos ao longo do Império*”<sup>209</sup>, mas nenhum deles consegue fazer do Império um período legalista.<sup>210</sup>

Em uma realidade sem Código Civil e sem o protagonismo legal é nas argumentações jurídicas e suas evocações que reside o Direito, sendo a doutrina e a jurisprudência instrumentos ricos e indispensáveis pra a análise do contexto jurídico.

Ao permanecer plural o Direito Imperial continuava utilizando como fonte as Ordenações, o Direito Romano, o Direito Canônico, o Direito Local, os costumes, as novas resoluções e leis promulgadas pelo Império. Era comum a conjugação dessas várias fontes para se conseguir uma solução, mais do que isso, em certos assuntos era necessário que se conjugassem esses direitos para se chegar a uma decisão justa. Buscando contribuir na compreensão desse direito plural dos oitocentos, focar-se-á em meio às muitas fontes na permanência do direito canônico.

Em relação ao Direito Canônico, o próprio Império admitia com frequência essa realidade jurídica plural. Foi o que fez o Ministério do Império, em 9 de maio de 1876, ao falar sobre o concurso para o provimento das

---

<sup>207</sup> Fonseca. A modernização frustrada: a questão da codificação Civil no Brasil do século XIX. p 03.

<sup>208</sup> CAPPELLINI, 2007, p 18.

<sup>209</sup> Fonseca. A modernização frustrada: a questão da codificação Civil no Brasil do século XIX. P 14.

<sup>210</sup> WEHLING. 2004. P 85.

paróquias. Ao se dirigir ao Sr. Bispo da Diocese do Pará, o ministro José Bento da Cunha e Figueiredo justifica suas exigências no Concílio Tridentino e nos direitos do Soberano Padroeiro.<sup>211</sup> Além disso, o ministro se diz sob as regras do Direito Civil e Canônico e coloca o bispo a quem se dirige sob os mesmos direitos.

Na referida recomendação o Ministro cobra do Bispo do Pará que cumpra as disposições do Concílio Tridentino e promova a ocupação de religiosos nas paróquias sem padres. Isso demonstra que, mais do que admitir a presença do direito canônico na ordem jurídica, o Império, através de seus ministérios, também era fiscal da aplicação do direito eclesiástico.

Em 1861 o Império resolve dar solução, por meio de uma lei, ao problema enfrentado em suas terras envolvendo casamento de pessoas que professassem fé diferente do Estado, inaugurando a intervenção estatal na matéria. Para isso editou a lei de 1144 de 11 de setembro de 1861, que segundo seu texto introdutório,

*“Faz extensivo os efeitos civis dos casamentos, celebrados na forma das leis do imperio, aos das pessoas que professarem religião diferente da do Estado, e determina que sejam regulados ao registro e provas destes casamentos e dos nascimentos e obitos das ditas pessoas, bem como as condições necessárias para que os Pastores de religiões toleradas possam praticar actos que produzão efeitos civis.”*

A promulgação desta lei causou muitas discussões no meio jurídico. Mas o que haveria acontecido após esta lei? A lei teria estendido, através de seu poder, as leis canônicas aos acatólicos? Teria assumido as leis respectivas de cada religião como correta, dando chancela a elas? Teria instituído o casamento civil para acatólicos? A resposta não parecia ser clara para os juristas da época.

A discussão se arrastou durante muito tempo. Em 1877, 16 anos após a promulgação da lei, o tema ainda parecia em aberto, de tal forma que neste ano Tito Franco de Almeida publica um texto comentando a referida lei. O autor

---

<sup>211</sup> 2ª Diretoria. Recomendações do Ministério do Império sobre o Concurso para o Provimento das Paróquias, O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.10, anno IV, 1876 Pg. 630/633.

compara seus apontamentos com os comentários já feitos à lei pelo Dr. Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho em texto anterior. Instaura-se, então, um belo embate teórico, estimulado pela lei 1144, sobre o casamento no Brasil Imperial.<sup>212</sup>

É bem verdade que o debate era desigual, já que Tito Franco escrevia sobre o texto pretérito de Antônio Herculano, que não podia se defender naquele momento, mas independentemente disso, a argumentação trazida por ambos para falar sobre casamento é um bom indicador sobre o Direito da época. Termos, preocupações, perguntas e respostas contidas no texto são bons indicadores da ordem jurídica da época e sua pluralidade.

Inicialmente o autor reconhece a importância do casamento para a sociedade moderna, seja pela obediência ao preceito divino, seja pelo amor ou mesmo pela perpetuação humana.<sup>213</sup> Bem por isso, o Estado deveria também se ocupar do tema. Acontece que o casamento era competência da Igreja e a interferência do Estado na matéria era o que vinha causando grandes embates entre os dois poderes.

Tito Franco afirma que a adoção do casamento Civil como ato obrigatório não parecia ser o caminho certo a ser trilhado, pois “*encontraria grandes obstáculos por causa da religião catholica,*”<sup>214</sup> além de trazer conflito entre os dois poderes, resultando na separação, um divórcio entre a Igreja e o Estado, segundo o autor.<sup>215</sup>

Ao discutir o que a lei 1144 teria trazido de novo, o Dr. Souza Bandeira chega a dizer que a lei teria inaugurado a possibilidade de casamentos acatólicos dentro do Império. Para o autor citado, como até a edição dessa lei só havia a regulamentação das leis canônicas sobre o tema, e as leis canônicas só eram válidas para católicos, todos os casamentos não católicos celebrados anteriormente a edição dessa lei eram nulos. Segundo o Dr. Souza Bandeira,

---

<sup>212</sup> FRANCO, Tito. Comentário á Lei 1144 de 11 de Setembro de 1861. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.12, anno V, janeiro a abril, 1887, Pg. 629/648.

<sup>213</sup> Ibid. p. 629.

<sup>214</sup> Ibid. p. 630.

<sup>215</sup> Ibid. p. 632.

*“a única forma de matrimonio admitida no império era a que determina a igreja catholica, sendo feridos de nulidade, e portanto não produzindo effeitos civis, todos quantos della se arredassem.”<sup>216</sup>*

O que o autor reconhecia com essa afirmação era que até o momento o poder temporal não havia se preocupado em regulamentar qualquer tipo de casamento, reservando ao direito canônico tal regulamentação. É bem verdade que Tito Franco não tem o mesmo posicionamento sobre os casamentos acatólicos celebrados antes da edição da lei 1144, mas reconhece certa validade às palavras do Dr. Souza Bandeira.

Para Tito Franco a lei 1144 sequer havia secularizado o casamento acatólico, conforme alguns pregavam, para o autor o único objeto dessa lei foi dar efeitos civis a estes casamentos.<sup>217</sup>

*A referida lei “contentou-se com a secularização do registro, quando a aspiração do direito civil moderno é a secularização de tudo quanto constitue o estado civil, e pois do casamento; é a devolução, ao civil, da competência até hoje exclusivamente religiosa!”<sup>218</sup>*

A fala de Tito Franco mostra o conhecimento do autor pelas aspirações modernas. O Direito civil moderno buscava a secularização de tudo que constituísse parte do estado ou condição civil, mas as pretensões modernas ainda não haviam encontrado eco em terras brasileiras, onde o casamento era até aquele momento matéria exclusivamente religiosa.

O autor finaliza sua análise legal afirmando que a Igreja e o Estado, bem como sua união, são necessários e devem ser respeitados, contudo, deve-se respeitar seus Direitos, deveres e suas independências.

*“A igreja respeite a competência do estado quando decreta as condições e effeitos do casamento religioso. Este respeito recíproco só pode ser real si a igreja e o estado existirem em perfeita união, exercendo cada um o*

---

<sup>216</sup> FRANCO, 1877. Pg. 632.

<sup>217</sup> Ibid. p. 633.

<sup>218</sup> Ibid. p. 633 e 634.

que está dentro da orbita da sua autonomia e competência – com toda a liberdade e independência.”<sup>219</sup>

Tito Franco não traz muita novidade ao problema enfrentado entre Igreja e Estado na regulamentação do matrimônio. Pregar respeito mútuo, autonomia e independência entre os poderes é pregar a continuação do equilíbrio presente no direito medieval, mesmo com as latentes propostas modernas. Mas mais importante do que as conclusões, nada inovadoras, do autor é o caminho percorrido por ele para chegar a esta conclusão.

Em um artigo de 19 páginas o autor utiliza como fontes para a discussão do matrimônio, a lei 1144 de 1861, doutrina francesa, o Código Civil Português, Cartas apostólicas, o direito canônico, a bíblia e algumas decisões conciliares. Com isso, o texto de Tito Franco mostra continuidade de uma ordem jurídica plural que contém o Direito Canônico ainda no ano de 1877.

O mesmo ocorre no texto de Theophilo Dias de Mesquita, de 1884, que discutia a propriedade dos bens da Igreja.<sup>220</sup> O autor buscava descobrir em seu texto se a Igreja teria capacidade de ser proprietária dos bens que possuía e utilizava. A sua conclusão, que desde já pode ser adiantada, era negativa, pois o jurista acreditava que a Igreja não poderia ser proprietária de seus bens.

“Resumindo as ideias expendidas, verificamos que:

- 1º A Igreja não é proprietária dos bens eclesiásticos;
- 2º Os bens eclesiásticos não constituem propriedade do pontífice, nem dos bispos;
- 3º Não constituem propriedade de nenhum dos membros da Igreja, sociedade dos fiéis;
- 4º Os bens da Igreja não têm proprietário.
- 5º Pertencendo ao número das coisas que não têm proprietário, todavia não cedem ao primeiro ocupante: São res nullius no sentido lato, no sentido da phrase das Inst.”<sup>221</sup>

Para chegar a esta conclusão o autor inicia o texto questionando-se se a Igreja teria o direito natural de propriedade. Nesse ponto Theophilo Mesquita compara a natureza jurídica das pessoas naturais e das pessoas civis e vincula

<sup>219</sup> FRANCO, 1877. Pg. 648.

<sup>220</sup> MESQUITA, Theophilo Dias de. Quem é o proprietário da Igreja. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.33, anno XII, 1884, Pg. 321/333.

<sup>221</sup> MESQUITA, 1884. Pg. 332.

os direitos desta segunda com a cessão do Estado. O jurista acredita que as pessoas civis não possuem direito natural de propriedade e que, portanto, o direito de propriedade deva ser aceito pelo Estado através de lei.

Embora a posição de exigência legal pareça bastante moderna, muitas renitências jurídicas e argumentativas resistem no texto. Ao falar sobre natureza da Igreja o autor não afirma que a natureza da Igreja deva ser dada pela lei, mas sim pela ordem. É por isso que para tentar identificar a natureza da Igreja o jurista recorreu à bíblia e não à lei. Para o autor “*a Igreja não pode deduzir dos textos sagrados o direito de propriedade*”.<sup>222</sup>

No segundo ponto de análise sobre a possibilidade de a Igreja poder ser proprietária de bens o autor recorre ao Direito Romano. Abusando de conceitos e definições latinas, Theophilo Mesquita enquadra os bens da Igreja no conceito romano de *res nullius*, logo após isso, parte para uma análise com base no Direito eclesiástico sobre o tema.

Tentando juntar os cânones da Igreja e as Ordenações herdadas da época colonial o jurista busca identificar o possível sujeito a se unir ao objeto chamado propriedade. Ocorre que, para ele, o direito eclesiástico designaria as propriedades da Igreja como propriedades coletivas, sobre as quais não há sujeito de direito. Seguindo esse raciocínio, não havendo um sujeito de direito possível para as propriedades coletivas, sobre essa não recai a ideia de propriedade.

Sendo assim, o autor chega a conclusão de que a Igreja não pode ser proprietária de seus bens. Ele divide sua conclusão em dois principais pontos. O primeiro é que não é da natureza da Igreja ser proprietária, e o segundo é que uma vez que as propriedades utilizadas pela Igreja sejam propriedades coletivas, não cabe a essas propriedades um sujeito proprietário. Em ambos os sentidos, para Theophilo Mesquita, não caberia à Igreja o título de proprietário de seus bens.

O assunto sobre a Igreja e suas propriedades não era tema novo, contudo, o entendimento da época admitia, com certa facilidade, que a Igreja fosse proprietária de seus bens, mesmo que impusesse a participação do Estado em algumas de suas transações. O interessante nesse texto é que para

---

<sup>222</sup> Ibid. p. 324.

conseguir modificar o entendimento sobre isso, o autor teve que se utilizar de todas as ferramentas disponíveis pela ordem jurídica no momento. Theophilo Mesquita precisa passar por várias fontes – Ordenações, bíblia, direito canônico, direito romano e direito natural - para conseguir chegar à sua conclusão, mesmo tentando mudar o entendimento comum até o momento.

O texto de Theophilo Mesquita causou grande discussão no meio jurídico, não por acaso, o próximo volume da Revista O Direito teve um texto discordando do texto de Theophilo Mesquita e rebatendo seus argumentos. Tratava-se de um texto escrito por Candido Mendes de Almeida intitulado simplesmente “Bens da Igreja.”<sup>223</sup>

Com um tom bastante dramático, quase como se estivesse em meio a uma batalha, o já conhecido defensor da Igreja Candido Mendes Filho, rebate ponto a ponto os argumentos de Theophilo Mesquita.

Para Candido Mendes os argumentos jurídicos utilizados por seus adversários não passavam de uma perseguição à Igreja, que há tempos alguns querem abalar.

Sobre o Direito Natural das pessoas jurídicas, Candido Mendes afirma que embora não seja igual ao das pessoas naturais, também existem devido a sua origem e essência, tendo todos os direitos que não desdizem sua origem. Para o autor esses direitos são “*absolutos e naturales, incondicionaes, universais e illegislaveis*”<sup>224</sup> em relação as pessoas jurídicas. “*Ellas tem principalmente o direito de procurar os meios de satisfazer o fim para o qual foram creadas. E o meio mais profícuo é a aquisição da propriedade.*”<sup>225</sup>

Na sequência o autor traz uma questão diferente que evidencia bem o momento de transições de ideias. Ele questiona o que aconteceria se o mesmo raciocínio usado por Theophilo Mesquita fosse usado para o Estado, que também é uma pessoa jurídica.

“O Estado é indubitavelmente uma pessoa jurídica. Segundo eles [aqueles que exigem lei preexistente que autorize as ações e estados das pessoas jurídicas], a

<sup>223</sup> ALMEIDA, Candido Mendes de. Bens da Igreja. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.34, anno XII, maio a agosto, 1884, Pg. 327/337

<sup>224</sup> ALMEIDA, 1884. Pg. 328.

<sup>225</sup> Ibid. p. 328.



pessoa jurídica, só tem direitos concedidos pela lei. Quem concedeu direitos ao Estado, já que os que elle exerce não precedem de sua própria natureza? A lei não podia ser, pois elle preexiste a Ella, elle é que a há de fazer. Elle, por meio de lei não concederá a si próprio direito, porque não tendo, não tem capacidade para conferil-os.”<sup>226</sup>

O questionamento de Candido Mendes é oportuno porque questiona o tratamento desigual entre Igreja e Estado. Ora, a pré-modernidade é marcada pela igualdade entre os dois poderes e suas funções. Ao exigir que a lei civil regule a atividade da Igreja os autores que acreditam nessa necessidade colocam a Igreja sob o jugo legal do Estado, desigualando a relação entre poder espiritual e secular.

O que Candido Mendes vivenciava era a ascensão das ideias modernas que permitiram que o Estado passasse a desigualar a si próprio dos outros poderes existentes, inclusive a Igreja, e passasse a regular a todos.

Continuando a discordar do texto de Theophilo Mesquita, Candido Mendes afirma que a leitura feita pelo primeiro do significado da *res nullas* está totalmente equivocada. Evocando artigos do *Corpus Iuris* e doutrinadores romanos, Candido Mendes afirma que os bens da Igreja são *res nullas* pelo direito divino, não sendo incompatível com a existência de proprietários.

Em resumo, Candido Mendes faz uma releitura das mesmas fontes da ordem jurídica para poder chegar a um resultado diferente. Foi passando também pelas Ordenações, pela bíblia, pelo direito canônico, pelo direito romano, pelos concílios, pelos teólogos e pelo direito natural que Candido Mendes Filho chega a seguinte conclusão,

“1º) - A Egreja tem o Direito Natural de propriedade.  
2º) - Este direito acha-se baseado nos textos sagrados e portanto é reconhecido pelo Direito Canônico.  
3º) - É reconhecido pelo Direito Romano.  
4º) - Emfim a Egreja é legitima proprietária dos bens ecclesiasticos.”<sup>227</sup>

Embora tal discussão possa parecer bastante distante da realidade, ela trazia uma demanda bastante importante do momento. Nessa forte ligação

---

<sup>226</sup> Ibid. p.. 329.

<sup>227</sup> ALMEIDA, 1884. Pg. 337.

entre Igreja e Estado no Império, em que o Império costumava manter e financiar a maioria das atividades religiosas e a Igreja atuava como braço do Império, saber quem era o proprietário, ou se haveria proprietário para esses bens era determinante para a administração destes, principalmente em relação a suas alienações. Além disso, era preciso saber de quem era a última palavra na utilização desses bens.

É claro que essas discussões não se davam tendo como principal preocupação cálices, patenas e incensários. Os bens que interessavam nessas discussões eram as propriedades imóveis, terrenos e edificações que as Igrejas e associações religiosas residiam ou utilizavam.

Cada interpretação sobre a propriedade dos bens da Igreja implicaria um resultado prático na vida do Império. E se a doutrina ainda não havia se pacificado quanto ao tema, no judiciário não foi diferente. É o que mostra o julgamento sobre a desapropriação de parte do quintal do convento das religiosas de Nossa Senhora da Ajuda.

Tratava-se de uma ação movida pelos concessionários da rua do convento que requeriam a pronúncia da desapropriação de parte do quintal do convento.<sup>228</sup> O interesse desses concessionários foi motivado pelo decreto 9.117 de 5 de janeiro de 1884, que declarou a desapropriação de parte da propriedade do convento por utilidade pública. Embora não fosse o ponto principal da demanda, a natureza das propriedades religiosas permeou todo o processo, que chegou até o Supremo Tribunal.

O Supremo Tribunal analisava um recurso sobre a validade desta desapropriação. Os ministros inicialmente já admitiam que os bens da Igreja não se enquadravam no conceito de propriedade privada, não podendo ter tratamento como tal para desapropriação por utilidade pública.

Os votos apresentados pelos ministros evidenciam uma busca por objetividade, apegando-se, no que era possível, às leis e decretos do Estado. Conforme o trecho abaixo:

*“Os bens das ordens religiosas, em virtude da lei de 28 de junho de 1870, que determinou a sua conversão em*

---

<sup>228</sup> Revista Civil N. 10418. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.39, anno XIV, janeiro a abril, 1886, Pg. 203/209.

*apólices da dívida publica, e do regulamento de 22 de dezembro de 1883, que os mandou inventariar – arrecadar e alienar por meio de processo especial, e do art. 18 da lei n. 3229 de 3 de setembro de 1884, que declara amortizadas as apólices em que forem convertidos, com a extinção de cada uma das respectivas ordens, conforme direito, entrarão no domínio do estado, com o só encargo de manter os poucos religiosos e religiosas existentes; e assim, taes bens não podem ser desapropriados do domínio do estado para constituírem patrimônio privado*<sup>229</sup>

O posicionamento do Supremo Tribunal em dezembro de 1885 foi consoante com a lei de 28 de junho de 1870, que passara os bens das ordens religiosas para o domínio do Estado. Vale frisar que tal possibilidade só se daria para os bens das ordens quase extintas ou extintas.

Essa decisão não permitia que os bispos se apoderassem desses bens com outros intuitos, seja para repassá-los para outra finalidade religiosa, ou mesmo para vendê-los, ao mesmo tempo esses bens não eram privados, para serem, por exemplo, desapropriados por utilidade pública.

A solução encontrada pelo Estado foi incorporar essas propriedades ao seu patrimônio, comprometendo-se a manter as ordens ainda existentes, mas resguardando a possibilidade de destinar o imóvel segundo sua vontade após sua total desocupação por parte dos institutos religiosos.

O resultado final do julgamento no Supremo tribunal foi a total anulação do processo que, nas instancias inferiores, havia concedido a desapropriação por utilidade pública de parte do terreno do convento, disponibilizando essas terras para que privados adquirissem. Mas em tempos de pluralidade jurídica e de disputa entre o antigo e a novidade, a novidade lei ainda não impactava como unânime.

Foi o que mostrou o voto do ministro, Silva Guimarães que embora concordasse com o restante dos seus companheiros quanto à nulidade do processo, discordava de parte da argumentação de alguns ministros, inclusive

---

<sup>229</sup> MONTEIRO, Felipe. Voto de Relator na Revista Civil N. 10418. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.39, anno XIV, janeiro a abril, 1886, Pg. 206

quanto à ideia de que os terrenos utilizados pelas ordens religiosas seriam do Estado. E justifica,

*“Porque o terreno do que se trata, não é propriamente do Estado e sustentar-se o contrario sob supposta força, que se pretende tirar das leis citadas pelas recorrentes é desconhecer completamente os princípios geraes do Direito, pelos quaes se deve entender, quando uma lei tem força de obrigar;  
Porque ninguém dirá, que pelo art. 18 da lei n. 9764 de 28 de junho de 1879 e de outras, ainda citadas pelas recorrentes ficou declarado como propriedade do Estado o patrimônio das ordens religiosas (...).”<sup>230</sup>*

Mesmo derrotado, o ministro Silva Guimarães faz questão de lembrar aos outros ministros que a lei deve ser compreendida dentro dos Princípios Gerais do Direito para ter força de obrigar, não sendo possível simplesmente ler a lei de qualquer maneira. O ministro ainda estranha a afirmação encontrada dentro do processo de aceitar como existente uma autointitulação por parte do Estado como proprietário do patrimônio das ordens religiosas.

As questões sobre a Igreja, seus bens e a possibilidade destes dois se ligarem enquanto propriedade e proprietário continuavam abertas, embora atos normativos sobre o tema já tivessem adquirido destaque, ganhando maior relevância a posição do Estado por vir através de leis civis.

E assim mostravam-se as últimas décadas do Império, um espaço de forte trânsito de ideias que continha em sua realidade jurídica muitas mudanças, mas muitas permanências, sendo a pluralidade jurídica, e o uso do direito canônico, uma delas.

---

<sup>230</sup> MONTEIRO, 1886, Pg. 207.

## **4.0 Ordem jurídica republicana e Secularização**

### **4.1 Os ideais da Secularização e o Impulso “modernizador”.**

A ordem jurídica e política sofre uma grande reviravolta no final da década de 80 do século XIX. O império cai e surge uma nova forma de organização política para comandar o país, o republicanismo.

A mudança política trouxe consigo várias modificações jurídicas. Em meio às muitas alterações, com intenções claras de enfim modernizar o país, a república instituída rompe com a Igreja e com seu direito. A ideia era que dali em diante somente o Estado poderia se ocupar do Direito. Essa mudança de pensamento, de afastamento entre a Igreja e o Estado, que já se instaurava pelo mundo, era parte do processo de racionalização da política e do Direito, de modernização do Estado e de secularização do mundo.

Sobre o processo de mudança em prol da modernidade e secularização, que teve início ainda no século XVI, em relação ao Direito, pode-se dizer que mudanças foram propostas e realizadas, e mesmo que se questione a sua efetividade, a modernidade, que ganhou força no século XIX, foi famosa por suas muitas propostas e projetos.

Acontece que os resultados ou mesmo propostas de mudanças são frutos de mudanças de pensamentos anteriores que permitem pensar o novo. A proposta de colocar o homem como medida das coisas, de racionalizar as relações, de centralizar o Direito no Estado, de conseguir colocar em códigos o Direito, em resumo, a possibilidade de propor mudanças em relação ao futuro da humanidade é fruto de uma nova relação entre o homem - agora iluminado - e o tempo.

A nova relação entre o homem e o tempo, a possibilidade de conseguir influenciar o futuro (mudar, acelerar e melhorar) trouxe uma mudança importante na história que possibilitou à modernidade pensar as mudanças e propostas que se propôs a efetivar. Foi a Secularização que mundanizou e humanizou a vivência do homem no tempo histórico, permitindo-o transformar o

pensamento conservador do mundo pré-moderno em uma mentalidade, de alguma forma, progressista<sup>231</sup>.

Pode-se dizer, então, que o conceito de tempo mudou a tal ponto que permitiu uma maior participação do homem, inclusive, em relação aos resultados futuros.

A ideia de Secularização se fortalece no século XIX e assume “o significado de categoria genealógica capaz de conter em si o sentido unitário da evolução histórica da sociedade ocidental moderna.”<sup>232</sup> Era a Secularização que conduziria o homem ao posto de dono de seu futuro. Assim, o futuro não pertencia mais à Deus, mas ao homem. Com o pensamento de que o futuro só depende da humanidade inicia-se uma forte busca por um futuro melhor e mais rápido.

Conforme o homem se convenciu que poderia ser senhor do tempo, mais se preocupava em dar respostas sobre como o futuro deveria ser e como o passado teria sido. Nas Palavras de Giacomo Marramo

*“Somente quando consegue exercer plenamente a sua produtividade não apenas sobre a “objetividade” natural, mas também sobre o mundo histórico – não somente sobre o espaço, mas também sobre o tempo – o projeto da Razão chega ao auge da “vontade de potência”<sup>233</sup>.*

Imerso nessa lógica da Razão o homem se faz “ratio” da historicidade, pois molda a história aos seus olhos, dando sentido ao passado, “construindo” a imagem de futuro e abarrotando o presente de esperanças e expectativas. A Razão humana torna-se medida do que o homem foi, do que o homem é e do que o homem será.

Essa possibilidade de manipulação do tempo “inaugurada” pela Secularização explica, de alguma forma, o tipo de história produzido pela modernidade iluminista. Justamente por ser a “ratio” da história o homem não

---

<sup>231</sup> MARRAMAO, Giacomo. Poder e Secularização: *as categorias do tempo*. São Paulo: Unesp, 1995. p. 16.

<sup>232</sup> MARRAMAO, Giacomo. Op cit. p. 29.

<sup>233</sup> Ibid. p. 49.

só dá sentido a ela, como tem total capacidade de compreendê-la e reproduzi-la de forma fiel, completa e perfeita, como pregavam os positivistas<sup>234</sup>.

Em relação ao tempo futuro, a Secularização vai permitindo que o homem acredite poder moldá-lo. Um bom conceito que pode exemplificar esse pensamento é a ideia de “revolução”.

No início do medievo, Agostinho, ao falar de revolução, utiliza o termo como “revolvimento,”<sup>235</sup> de tal forma que revolução para ele significava muito mais voltar à algo, ou algum estado, do que modificá-lo. O século XVII, época de transição entre medievo e modernidade, ainda vê a Revolução como retorno, e o século XVIII ainda a trata como restauração, não dando sentido ruptura e inovação ao termo<sup>236</sup>.

*“Em toda a antiguidade a ideia de queda que sucede o auge impede o desenvolvimento de uma autêntica ideia de progresso”<sup>237</sup>*

Somente na Revolução Francesa que o termo Revolução é atrelado à ideia de progresso como conhecemos. Isso é possível porque ao ser dono do seu futuro o homem desnaturaliza o amanhã e a história passa a ser um sentido que coincide com uma direção<sup>238</sup>.

Com a ideia de Revolução atrelada à ideia de progresso, aquela passa a ser necessária ao crescimento, e um crescimento rápido. O agente da revolução, o revolucionário, passa a ser a aquele que pode trazer o futuro ao presente, por isso *“o revolucionário tem o dever de acelerar”<sup>239</sup>*. Não é por

---

<sup>234</sup> Sobre os pressupostos epistemológicos do positivismo na história, que demonstram a incorporação da ideia de Secularização, Ricardo Marcelo Fonseca afirma serem: (i) A possibilidade de imparcialidade na percepção dos acontecimentos – nenhuma interdependência entre o sujeito conhecedor e o objeto do conhecimento; (ii) a História existe em si, objetivamente, diretamente acessível ao conhecimento; (iii) o historiador registra o fato histórico de maneira passiva, como o espelho que reflete a imagem do objeto; (iv) não cabe ao historiador julgar o passado, mas simplesmente dar conta d que realmente se passou. FONSECA, Ricardo Marcelo. Introdução teórica à história do direito. Curitiba: Juruá, 2009. p. 51/53.

<sup>235</sup> MARRAMAO, Giacomo. Op cit. p. 82.

<sup>236</sup> Ibid. p. 92/94.

<sup>237</sup> LE GOFF Citado MARRAMAO, Giacomo. Op cit. p. 49.

<sup>238</sup> MARRAMAO, Giacomo. Op cit. p. 108.

<sup>239</sup> Ibid. p. 116.

acaso que as revoluções modernas aparecem ligadas ao tempo que há de vir, rompendo com o presente em prol de um futuro melhor.

Com o sentido histórico coincidindo com uma direção, a Revolução acelera um futuro que aconteceria, mas mais tardiamente. Ora, ao ter esse sentido histórico a humanidade sabe aonde quer chegar e por estar em evolução, sempre rumo a uma melhora, ela passa a ter a possibilidade, através da Revolução, de fazer com que essa evolução distante chegue mais rápido através do progresso da ruptura.

Ao tratar a história como uma linha reta, por saber para onde aponta essa linha, o presente passa a ser um empecilho, pois é ele que impede o homem de chegar ao progresso. Assim, “*o que ameaça o moderno é o presente*”<sup>240</sup>, por isso mesmo, a humanidade deve parar de se prender ao presente, pois são essas amarras que impedem o homem de chegar ao futuro mais rapidamente.

O que importa verdadeiramente passa a ser o futuro, e o homem quer consumi-lo o mais rápido possível. O futuro deixa de ser somente finalidade e passa a ser vivido e consumido no presente<sup>241</sup>.

Acontece que quanto mais se pensa no futuro, menos se vive o presente, mas a modernidade assumiu o risco de não encontrar respostas para o presente visando somente as melhorias do futuro.

Se a Secularização causa todo esse impacto na relação com o tempo, a secularização, e a “nova” relação com o tempo, também causam impactos diretamente no Direito. Enquanto projeto da modernidade, o futuro passa a ser focado em detrimento do presente. Basta vermos os Códigos modernos, onde se deposita uma enorme carga de esperança, eles são pensados para o futuro, e embora se viva no dia a dia esse Código, seus frutos desejados estão no futuro, que será transformado, ou normatizado, pelas regras.

Enquanto produto da modernidade, o Código que conhecemos é a arma jurídica que possibilitará ao revolucionário alcançar o progresso. Essa possibilidade não se dá pelo poder de adequação do Código - até porque ele é famoso por sua rigidez e falta de maleabilidade -, mas sim por ser planejado já

---

<sup>240</sup> MARRAMAO, Giacomo. Op cit. p. 118.

<sup>241</sup> Ibid.. p. 119.



para o futuro. Ao fazer o código o Estado normatiza uma realidade perfeita, que não existe, mas que passará a existir com a observação e aplicação do Código. É o Código que possibilitará que a teoria do que “deve ser” seja aplicada ao “ser” do presente jurídico.

Mas a Secularização não influenciou no Direito somente por sua ação no tempo. A Secularização trouxe muitas influências diretas ao Direito, principalmente em relação ao Direito Canônico.

A Secularização também engloba a racionalização,<sup>242</sup> que passa a permear toda a estrutura jurídica ocidental. O homem e sua razão também são suficientes para lidar com o Direito, por isso, elementos metafísicos não teriam mais espaço na realidade jurídica moderna. Por uma evolução lógica e necessária, o Direito da Igreja deveria ser afastado das relações jurídicas.

Mais do que o Direito da Igreja, todo o Cristianismo deveria ser superado. A Secularização passa a ser a esperança de um mundo mais evoluído, e acabou por ser considerada como “*a passagem ao mundo pós-cristão*”<sup>243</sup>, assim, a secularização era vista como algo necessário, uma vez que ordem anterior, a qual o Direito Canônico estava fortemente ligada, deveria ser totalmente superada.

O impacto dessa racionalização e dessa superação da ordem plural e teocêntrica foi extremamente impactante para o Direito Canônico. Por ter ligações com a figura divina, e estar de alguma forma fora da razão humana, a racionalização exigia o não uso do Direito Canônico. Além disso, esse direito não era produzido, ou descoberto, pelo Estado, ficando absolutamente comprometido, tornando-se, para o Estado, um não direito, pois o único local de que o Direito poderia emanar era o próprio Estado.

Essa análise demonstra como a Secularização foi um elemento essencial do caminhar à Modernidade, compondo o cenário que permitiu uma nova percepção sobre o tempo e o Direito. O resultado acabou sendo o (tardio<sup>244</sup>) desligamento do Direito Canônico das relações jurídicas do dia a dia

---

<sup>242</sup> Ibid. p. 17.

<sup>243</sup> VALLAURI, Luigi Lombardi e DILCHER, Gerhard. Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno. Milão: Giuffrè, 1981. Tradução livre. p 49.

<sup>244</sup> Como trazido inicialmente nessa dissertação, a Modernidade é conhecida por suas promessas e não necessariamente por suas mudanças, aliás, é justamente a crise que acompanha a Modernidade desde seu nascimento que tem suscitado grandes debates acerca

e a racionalização do Direito que passou a ser expresso (e exprimido) em Códigos sob um total controle do Estado, sem espaço para pluralidade jurídica.

Mas o Direito Canônico não passou por todo esse processo simplesmente observando e aguardando as decisões que seriam tomadas pela autoridade secular. Mais conhecidas, as ações e reações até aqui descritas demonstram como o iluminismo e a modernidade lidaram com a ideia de Secularização, acontece que a Igreja e seu Direito também passaram por todo esse processo.

Pertencente à complexidade da justiça até a pré-modernidade, o Direito Canônico, posto de lado pelo Estado e seu Direito oficial, passa a também se organizar de forma independente, mas ao ser influenciado pela secularização – em relação ao tempo, ao homem e ao Direito -, se “moderniza” de forma bastante diferente ao proposto Estado Moderno.

Quanto a uma possível reação contra a secularização, cabe ressaltar que a secularização não era necessariamente uma coisa ruim aos olhos da Igreja, porque “*em um primeiro sentido o Evangelho se secularizava, isso é, se faz saeculum*”<sup>245</sup> no dia-a-dia do povo, ou seja, a palavra divina ao se secularizar estaria cada vez mais presente na vida de seus fieis. Havia inclusive padres e bispos que defendiam a secularização da Igreja para conseguir se atualizar ao novo mundo.

Pode-se dizer que havia um conceito de secularização também utilizado pela Igreja, uma secularização da literatura católica.<sup>246</sup> Além disso, uma secularização do poder não faria com que o poder recaísse necessariamente e exclusivamente sob a forma do príncipe<sup>247</sup>.

Por isso, à primeira vista, não haveria razões para lutar contra a secularização, porque ela poderia, “*do ponto de vista cristão, ser sinal*

---

da Modernidade. Quanto ao Direito Canônico não foi diferente. Embora possamos encontrar recomendações ou leis que buscassem afastar o uso do Direito Canônico dos tribunais ainda no Brasil Colonial, é possível verificar, também, que o uso do Direito Canônico permaneceu sendo usado, de alguma forma, até o século XX. Por isso, ao se falar sobre a proposta moderna de afastamento do Direito Canônico do dia-a-dia dos tribunais, é preciso estar ciente de que isso foi bastante lento e gradual.

<sup>245</sup> VALLAURI e DILCHER, Op cit. Tradução livre. p. 48.

<sup>246</sup> SALDANHA, Nelson. Da Teologia a Metodologia: *secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. P. 19.

<sup>247</sup> VALLAURI e DILCHER, Op cit. Tradução livre. p. 48.

*relativamente positivo*<sup>248</sup>. Desta forma, a Secularização não era vista como necessária superação da sociedade cristã, por isso, também foi vista com bons olhos pela Igreja, pois ela acreditava que bons frutos poderiam ser colhidos de uma postura secularizada do mundo.<sup>249</sup>

Contudo, a secularização acabou por ser considerada como a passagem ao mundo pós-cristão, contribuindo no entendimento de que o Estado deveria ser o único emanador do Direito, e a Igreja, com seu direito canônico, não poderia mais ser colocada em igualdade com os textos legais emanados do Estado. Ao assumir essa ideia de secularização o ocidente exclui, ou tenta excluir, o Direito Canônico das relações de justiça.

Já era possível ver no Império ideais de secularização sendo pregados e juristas que defendessem um direito moderno para o Brasil, mas essas intervenções eram incorporadas em meio ao transito de ideias, ou a circularidade cultural, dos discursos jurídicos de como deveria ser o direito para os modernos e para os pré-modernos. Essas ideias, muitas vezes conflitantes, eram encontradas até mesmo dentro de mesmos textos.

Como é possível ver nas discussões no Senado Imperial, era comum ver senadores fazendo malabares teóricos para conseguir conciliar suas intenções parlamentares para a nova nação que buscava se firmar, com seus votos de fé e de defesa da Igreja, seja enquanto religioso ou fiel.

Algo semelhante pode ser visto no meio jurídico. Embora existam discursos firmes em prol da racionalização, modernização e secularização do direito, muitos argumentos e defesas dessas ideias se davam em meio a textos que confirmavam justamente o contrário no todo. Um exemplo é o texto assinado por D. F. B. da Silveira,<sup>250</sup> no primeiro volume da Revista “O Direito,” que discutia o artigo 219 do Código Criminal, sobre defloração de mulher menor.

---

<sup>248</sup> Ibid. Tradução livre. p. 49.

<sup>249</sup> Vale lembrar que a palavra secularização foi usada muitas vezes pela Igreja Católica para demonstrar uma aproximação da vida de seus fiéis. O Clero Secular é um bom exemplo que demonstra como a palavra Secularização já era usada pela Igreja, mas de forma substancialmente diferente.

<sup>250</sup> MONTEIRO, José Pereira. O Direito Privado – dos princípios reguladores do direito privado. *O Direito*: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.6, anno III, 1875. Pg. 20/22.

Durante todo o breve texto o autor transparece uma realidade jurídica plural. Utilizando-se do Código Criminal, Ordenações, moral religiosa e bons costumes o Dr. Silveira constrói seu raciocínio e (pré)conceitos sobre o tema. Mas mesmo em um texto claramente sem pretensões de mudança, ou sem qualquer tentativa de rompimento com a ordem, é possível ver pinceladas de modernidade.

Ao discutir o tema apresentado pelo texto, o autor ventila várias perguntas relacionadas ao defloramento de mulher menor e afirma que o Estado deve ter resposta para todas elas. Não necessariamente consciente disso o autor pregava, em alguma medida, a ideia de instauração de um sistema jurídico, onde as leis deveriam dar conta de todas as respostas possíveis para os casos.

Este texto mostra justamente a convivência de ideias, muitas vezes antagônicas, dentro de um mesmo texto. Mas ele não é o único. O texto de João Pereira Monteiro, trazido no primeiro capítulo deste trabalho por embasar o conceito de família na teologia cristã, também pode ser discutido nesse capítulo por estar carregado de ideias modernas sobre a família e o Estado.

Em texto publicado no sexto volume da revista “O Direito”, o autor utilizava o direito romano, consolidações das leis civis, ordenações, teologia cristã, doutrina nacional e internacional para falar sobre o direito privado e a constituição da família. Mas em meio a toda a essa pluralidade de fontes e justificações jurídicas também havia ideias de racionalização e modernização do direito no texto.

O texto claramente exalta a ideia de lei. Inspirado em doutrinadores estrangeiros o dr. João Pereira Monteiro, mesmo se utilizando da pluralidade jurídica em seu texto, acaba resumindo a ideia de direito privado à lei, cercando a ideia de existência do direito à figura do Estado. Segundo o autor, é “*o poder judiciário, que tem por missão elevada reestabelecer a ordem nas perturbações e violações do direito privado, attinge esse fim applicando a lei; ora, a lei é a expressão do espírito nacional (...).*”<sup>251</sup>

O autor claramente estava sob influencia das ideias modernas. Pregando que deveria ser com a aplicação da lei no judiciário que a ordem

---

<sup>251</sup> Ibid. 1875. p. 24.

seria reestabelecida o dr. Monteiro contribuía para que a lei se conceituasse com a força que a modernidade desejava. E para ser lei era preciso ter como fonte o Estado, que deveria garantir que essas regras fossem seguidas.

O Estado ganha força com as aspirações modernas e passa a ser aquele único emanador do direito, único que pode aplicar a lei e único que é unanime para todos. Não por acaso que o autor afirma em sua conclusão que o Estado é uma sociedade perfeita, responsável por proteger a todos.<sup>252</sup>

O texto do Dr. Monteiro é mais um exemplo de um momento de transição, de um momento que congregava ainda em seu interior a pré-modernidade jurídica e dava sinais de recepção das ideias modernas de direito.

Mas independente de tudo isso, em relação ao direito canônico e à Igreja, a ligação dessas com a justiça continuava necessária, uma vez que a figura divina continuava justificando inclusive a existência do Estado e do direito público. É o que mostrou o texto de direito público de 1872 escrito pelo Dr. Luiz de Souza da Silveira.<sup>253</sup>

Segundo o autor seria absurdo admitir a união do homem em sociedade sem a existência de um ser superior, pois seria Ele quem comandaria tudo, inclusive as mudanças. Sendo assim, o autor protesta sobre a existência da ideia de imutabilidade do direito, pois para ele o ser humano, através da razão, poderia modificar as coisas, inclusive o direito, com o consentimento de Deus.<sup>254</sup>

Mas mesmo com as claras permanências é inegável a presença, cada vez mais frequente, de apologistas da secularização, racionalização e modernidade. Alguns autores assumiam os ideais modernos e buscavam estabelecer uma nova realidade jurídica.

Em alguns textos é possível perceber autores que se esqueceram do que fora o direito e passaram a focar somente as exigências modernas do

---

<sup>252</sup> Ibid. p. 24.

<sup>253</sup> SILVEIRA, Luiz de Souza da. O poder político é de direito divino, ou de direito humano?. *O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v.9, ano IV, 1876 p. 34/37.

<sup>254</sup> Ibid. p. 35.

direito. É o que se vê no texto de Joaquim Felício dos Santos, publicado em 1888.<sup>255</sup>

No texto o autor foca-se nos “systemas de codificação civil” e usa o projeto apresentado na câmara dos deputados na sessão de 25 de março de 1882 como comparativo. Embora o autor se utilize do direito romano e da história para inspirar-se, a sua preocupação é somente uma, a codificação brasileira. Tanto é verdade que o autor passa todo o texto justificando como deveria ser a separação legal do código.

O autor passa longe das construções plurais da pré-modernidade jurídica, fica claro em seu texto que preocupar-se com a justiça era preocupar-se com um Código correto. Bem por isso, todo o texto de Joaquim Felício dos Santos falando sobre direito civil foi, na verdade, um texto falando sobre o futuro Código Civil brasileiro. E a necessidade de um Código ou a preocupação com seus projetos começa a aparece cada vez com mais frequência no meio jurídico.

O texto de Antônio Coelho Rodrigues, publicado em 1889,<sup>256</sup> demonstra isso. Tendo novamente o Código como ponto central, o autor elege o Código de Napoleão como modelo a ser seguido, afirmando que o Código Brasileiro deve estar de acordo com aquilo que chamou de “espírito de século”.

Mas se o “espírito do século” compelia o Brasil a se codificar, como os países pelo mundo, ele também deveria conservar. Aliás, segundo Antônio Coelho Rodrigues o Código deveria mais conservar do que inovar, segundo palavras do próprio autor,

*“Quanto ao espírito deste [o Código], em geral, seu pensamento predominante será conservar o mais possível o direito vigente, alterando apenas as disposições que, por obsoletas ou nocivas, não deverem continuar.”*<sup>257</sup>

<sup>255</sup> SANTOS, Joaquim Felício dos. Systemas de Codificação Civil. *O Direito*: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.47, ano XVI, 1888. 5/23.

<sup>256</sup> RODRIGUES, A. Coelho. *O Direito*: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.49, ano XVII, 1889. p. 497/503.

<sup>257</sup> Ibid. p. 497.

E quando o autor fala em conservar, ele realmente acredita que se deva manter o direito predominante, independente de onde venha o direito. Por isso, o autor afirma que em relação ao casamento o código deva manter as disposições trazidas pelo direito canônico, mais especificamente o Concílio de Trento.

*“No primeiro desses livros [o Código] manterá, sem prejuízo do registro civil, o casamento religioso na forma do Concílio de Trento, para os catholico-romanos, como atualmente existe e deve existir, enquanto fôr catholica a maioria dos Brasileiros e não fôr revogado o art. 5º da constituição.”<sup>258</sup>*

Como em todo seu texto, o autor faz opção clara pela continuidade do direito também em relação ao direito matrimonial. Vale ressaltar que embora o autor fale sobre a previsão de casamento para acatólicos, em nenhum momento ele escreve sobre a instituição do casamento civil. Deste modo, mesmo clamando pela codificação civil no Brasil, o autor parece continuar atribuindo ao direito canônico, e à Igreja, a competência sobre a matéria matrimonial.

Com a queda do poder monárquico e o início do poder republicano em terras brasileiras, novas relações jurídicas surgem. Como o próximo ponto mostrará, a presidência da República começa a editar muitos decretos regulando as mais diferenciadas partes da vida jurídica do povo e do Estado brasileiro. Buscando regular desde a relação entre a Igreja e o Estado, até emissões de certidões, esses novos decretos surgem e vão acrescentando cada vez mais regras sobre o Direito.

Não é por acaso que a partir da República os defensores de um Direito moderno e secularizado passam a conseguir pareceres e opiniões sobre o Direito e a justiça cada vez mais centrados nas opiniões estatais. Isso se dava porque a partir dos muitos decretos editados o Estado brasileiro passara a legislar sobre várias matérias, algumas que jamais havia legislado.

Mas os ideais modernos não chegavam somente nas questões legais, eles também eram trazidos nas exigências de ser o Direito ciência e ter que honrar pressupostos e métodos para assim se designar. Essa era a

---

<sup>258</sup> Ibid. p. 499.

preocupação apresentada pelo Dr. João Vieira de Araujo em texto publicado em 1894.<sup>259</sup> Segundo o autor, era a ciência que deveria dar rumo aos conhecimentos e se opor ao uso da ciência significava trancar tal construção e desenvolvimento. Segundo o autor,

*“Historia e sciencia são idéas co-relatas, porque hoje é impossível conceber uma historia que não seja scientifica, uma sciencia que não seja histórica, porque se todos os phenomenos têm a sua historia, ou podem tel-a, a historia de todos elles só pode ser feita de modo regular por processos scientificos.”*<sup>260</sup>

Como todos os processos precisavam ser científicos, a metafísica, com seus carunchosos e empoeirados métodos, deveriam ser superados. Para o autor era preciso abolir as noções metafísicas e teológicas das relações para conseguir realmente defini-las e com o Direito não seria diferente. Para o autor o Direito é somente lei e ciência, não devendo ser vinculado a nenhuma divindade.

*“A concepção do direito sob o aspecto porque já o consideramos, isto é, como lei, e do mesmo modo como sciencia, nos induz a mostrar que igualmente como faculdade, facultas moralis agendi, não é um predicado quase divino, um dom da Providência, um reflexo da Divindade de que o homem é a sua imagem, no dizer dos theologos e espiritualistas.”*<sup>261</sup>

Em resumo, o que o autor da frase acima queria era secularização do Direito, queria que a figura divina fosse superada nas relações jurídicas e que o homem através da ciência e da razão assumisse o posto de senhor do Direito.

A junção dos decretos presidenciais sobre variados temas e a crença, mesmo que não unanime, da necessidade de um direito científico rompido com a metafísica, inaugura um novo momento jurídico. Nesse novo momento jurídico já é possível tratar de muitas matérias jurídicas sem evocar outro direito que não o direito do Estado.

<sup>259</sup> ARAUJO, João Vieira de. *Philosophia Sciencia e Direito. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro, v.65, ano XXII, 1894. p. 5/17.

<sup>260</sup> Ibid. p. 6.

<sup>261</sup> Ibid. p. 14.



Aliás, segundo Theodoro Magalhães era preciso enaltecer a pátria e tudo que dela viesse. Bem por isso o autor, em texto publicado em 1906,<sup>262</sup> defende o ensino estatal em face do ensino religioso. Para o autor era somente o ensino oferecido pelo próprio Brasil que cultivaria o amor a Pátria, já que o sentimento promovido pelas ordens religiosas, muitas vezes ordens religiosas estrangeiras, em nada ajudaria a nação.

Em meio ao surgimento de decretos, fortalecimento da ideia de secularização, apelo pela ciência e busca pela estabilidade da nação o “terreno jurídico” parece estar cada vez mais propício às ideias modernas.

Não por acaso, é cada vez mais frequente encontrar nesse período textos e juristas que tentam se focar somente nos decretos da República e nas inspirações codificadas dos outros países, deixando de lado o direito canônico e romano, ou tratando estes como meras consultas históricas. Com isso, é a ideia de Código e sua formatação e divisão que passa a ocupar os textos dos juristas que se ocupavam de questões civis.

O sentimento de que o Código era caminho necessário a ser trilhado entre as nações em progresso, como era o caso do Brasil, fez com que se pensassem inclusive em uma codificação internacional de direito público e privado. O curioso é que o Brasil nem Código Civil tinha, mas já se comprometia, junto com outros países pan-americanos, a forjar um Código internacional.

Foi justamente sobre esse assunto que se ocupou o texto de Clovis Bevilacqua, publicado no revisto “O Direito” em 1909.<sup>263</sup> Intitulado “Codificação do direito Internacional” o texto buscava mostrar a viabilidade de existência de tal código e como os trabalhos em prol disso já haviam iniciado.

*“A terceira conferência pan-americana, reunida na cidade do Rio de Janeiro, em 1906, aprovou uma resolução que manda confiar-se, a uma comissão de jurisconsultos, o preparo de um código de direito público internacional e outro de direito internacional privado.”<sup>264</sup>*

<sup>262</sup> MAGALHÃES, Theodoro. Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.100, ano XXXIV, 1906. p. 55/58.

<sup>263</sup> BEVILACQUA, Clovis. Codificação do Direito Internacional. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.108, ano XXXVII, 1909. p. 568/582.

<sup>264</sup> Ibid. p. 568.

Aliás, esse Código seria a solução para conseguir uniformizar o ordenamento das nações, vontade de todos os países comprometidos com a evolução do Direito e da humanidade. Quase como uma ironia, os juristas brasileiros, que não tinham sequer um Código Civil, planejavam e trabalhavam em prol de um Código internacional.

Ora, quando se acredita que o tempo é uma linha reta e que a razão e a ciência humana seriam capaz de captar o sentido dessa linha, fazendo com que o homem chegue mais rápido ao produto dessa evolução, não importa a nacionalidade, desde que se conserve os pressupostos científicos, o caminho será sempre o mesmo. Bem por isso que a conjugação de esforços entre os países pan-americanos em prol de um Código significava um auxílio para que os países se mantivessem próximos na evolução jurídica.

As ideias em prol da secularização e os impulsos modernizadores podem ser vistos durante todo império e aumentam com a chegada da República. Contudo, mesmo os discursos em prol de mudanças ou rupturas são forjados não fugindo muito de seu ambiente jurídico, por isso, mesmo esses impulsos surgem em um momento ainda plural. Por isso é comum ver ideias de secularização e racionalização do direito convivendo, muitas vezes num mesmo texto, com ideias e defesa de uma ordem jurídica plural e bastante apoiada em bases teológicas.

Assim, as ideias modernas cada vez mais frequentes, tanto na doutrina quanto nas manifestações do Estado, tornam esse século XIX, bem como os primeiros anos do século XX, um momento também de transição, mas por vezes, nos textos da época, parece que as ideias modernas, ou mesmo de secularização do direito, são tratadas somente como mais uma das fontes e ideias dessa ordem jurídica plural, convivendo com certa harmonia com toda a ordem que busca superar.

Em resumo, a rigidez da ordem racional exigida pela modernidade parece não ser pareo para a flexibilidade da ordem jurídica plural do século XIX e início do século XX brasileiro, que acabou por fagocitar os impulsos modernos, tornando-os mais uma das ideias e mais um dos direitos que continha em seu interior.

## 4.2 A Ordem positiva

A República trouxe novidades jurídicas e políticas importantes para este trabalho. A primeira delas, da qual deriva as outras, é justamente a criação de uma ordem positiva, mais especificamente uma ordem positiva de ruptura. Inicialmente com decretos e posteriormente com a Constituição republicana o novo sistema de governo tentou modificar a ordem jurídica existente. A primeira grande tentativa de mudança promovida pela República e importante para este trabalho veio com a separação do Estado e da Igreja.

Conforme trazido pelos outros capítulos, Igreja e Estado agiam e se desenvolviam juntos. Cada um desses poderes, secular e religiosos, representava uma parte de um mundo unânime entre os dois. *“Entretanto, a evolução, o progresso espiritual do homem não era já um fato, mas um projeto a ser realizado e contra o qual se erguiam as barreiras materialistas, racionalistas, hedonistas, comunistas e liberais do mundo moderno.”*<sup>265</sup>

É bem verdade que a relação entre Igreja e Império já não andava bem e ambos os lados com frequência manifestavam suas insatisfações com a relação entre Igreja e Estado no padroado, mas a boa relação, ou aparente boa relação, entre Igreja e Estado teve o início do fim em 1889.

O ato que atingiu diretamente a relação entre Igreja e Estado ocorreu em 1890. Em 07 de janeiro, através de um decreto, a República brasileira buscou dar fim a união que acompanhou toda a história brasileira. O decreto 119-A trouxe logo em seu primeiro artigo a separação entre Estado e Igreja.

*“Art. 1º E’ proibido á autoridade federal, assim como a dos estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear diferenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados a custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões filosoficas ou religiões.”*<sup>266</sup>

É bem verdade que a manutenção da ligação entre Estado e Igreja na Constituição de 1824 já não refletia a decisão de outros países, sendo uma

---

<sup>265</sup> GOMES, 2009. p. 108.

<sup>266</sup> Artigo primeiro do Decreto de 07 de janeiro de 1890.

exceção entre os países do acidente que promulgaram novas constituições no século XIX. Sendo assim, a decisão de cisão de Marechal Deodoro nada mais representava do que a tentativa de colocar o Brasil no rumo moderno que os outros países ocidentais já haviam adentrado, era a tentativa de colocar o Brasil nos trilhos do desenvolvimento.<sup>267</sup> Essa manifestação estatal em prol da secularização busca justamente comprovar que o Estado brasileiro estava a se racionalizar, a “evoluir.”

Embora a relação entre Estado e Igreja mostrasse desgastes claros, a elite eclesiástica brasileira não acreditava que tal separação pudesse se dar formalmente, por isso o decreto parece ter pego de surpresa a Igreja e toda sua hierarquia. Mais do que isso, *“para a Igreja Católica [era] inconcebível depois de mais de três séculos de união com o Estado brasileiro o catolicismo ficar alienado do poder político que a duras penas se mantinha.”*<sup>268</sup>

O impulso inicial, dada a relação entre os poderes, era acreditar que ao saber que havia sido rebaixada para instituição sob o jugo do Estado a Igreja se organizou e reivindicou da República novas atitudes, buscando defender seus ideais e seu espaço para regular as questões espirituais. Nada disso! A Igreja e sua hierarquia se mostraram inertes imediatamente após a promulgação do decreto 119-A. Segundo Edgar da Silva Gomes, *“A estratégia da Igreja no Brasil, surpreendentemente, foi a mais conciliadora possível, não se utilizando abertamente do enfrentamento com o poder republicano, mas tratou de trabalhar nos bastidores.”*<sup>269</sup>

Essa postura nada combativa da Igreja demonstra duas importantes situações frutos da relação particular entre Igreja e Estado no Brasil. A primeira é a falta de estrutura para uma verdadeira reação, pois embora seja indiscutível a capilaridade e poder social da Igreja, ela talvez não estivesse preparada para entrar em um embate, principalmente contra o Estado. O segundo é a forte ligação entre Estado e Igreja, principalmente em âmbito mais local. O clero pareceu não acreditar que a forte união entre Igreja e Estado, cultivada por mais de trezentos anos, pudesse ser interrompida por um simples decreto.

---

<sup>267</sup> GOMES, 2009. p. 59.

<sup>268</sup> GOMES, 2009. p. 109.

<sup>269</sup> Ibid. p. 110.

Uma característica da ligação entre Igreja e Estado no Brasil era a permissividade com que um poder lidava com o outro. Principalmente se tratando de questões mais locais, a legalidade ou a oficialidade acabava se rendendo à acordos e pactos “por baixo dos panos”. Não é por acaso que a Igreja opta por “trabalhar nos bastidores” em meio a separação promovida pelo Estado, porque a hierarquia católica acreditava ter poder para reverter essa decisão através de sua influência na elite econômica e política brasileira. A ideia era fazer com que o decreto não representasse mudança real e na prática, através de grandes acordos, a Igreja continuasse mantendo os privilégios reconhecidos na história.

Acontece que o controle social exercido pela Igreja Católica sobre a população até o final do século XIX também vai sendo questionado pelos liberais, agnósticos e positivista, de tal forma que a Igreja vai se deparando com reais mudanças, muitas delas indesejadas. Ao perceber que o decreto parecia ser mais sério do que pensava, o episcopado brasileiro resolve iniciar um embate contra as influências funestas contra o catolicismo.

*“Apesar da adesão pacífica ao republicanismo no Brasil a Igreja Católica travou um embate com os constituintes para se manter dominante em pontos considerados de exclusividade moral e doutrinária para grande maioria da população do país e, portanto assuntos de sua alçada que pretendiam continuarem monopolizando mesmo mediante a nova realidade política brasileira.”<sup>270</sup>*

Vale ressaltar que toda essa tentativa de se manter porta voz do poder espiritual por parte da Igreja se dava através de influências internas. Logo após a promulgação da República o que se via eram padres e bispos buscando, através de suas influências, conseguir a volta do prestígio moral e jurídico da Igreja. Não por acaso as grandes manifestações de chefes da Igreja da época deram-se por cartas direcionadas à políticos.

Mas antes de acreditar que um decreto foi efetivo e encerrou todas as ligações possíveis entre Igreja e Estado é preciso ter em mente que nem mesmo o decreto conseguiu encerrar todas as ligações. Primeiro porque a ideia de decreto não detinha tanta força para sozinho mudar toda uma

---

<sup>270</sup> GOMES, 2009. p. 116.

realidade complexa de ajuda mútua entre o Estado e a Igreja, segundo porque o próprio decreto em seu artigo 6º afirma que “o governo federal continúa a prover á cômgrua sustentação dos actuaes serventuários do culto católico e subvencionará por um ano as cadeiras dos seminários,” se obrigando a manter a sustentação de vários religiosos.

Com isso o próprio decreto 119A, que visava encerrar a ligação de dependência entre Estado e Igreja, acabava mantendo essa ligação ao assumir a continuação do sustendo de várias sacerdotes por parte do Estado.

Como já dito, a separação entre Estado e Igreja exigia muitas mudanças jurídicas na vida da recém República. De todas as matérias jurídicas que a Igreja tinha influência, sem dúvidas, era o matrimônio a maior delas. Seja porque o casamento sempre fora regulado no Brasil pelas disposições canônicas, ou mesmo porque o matrimônio era julgado pelo tribunal eclesiástico, era claro que casamento era questões da alçada da Igreja e não do Estado.

Ora, com a secularização do Estado era necessário secularizar também o casamento e seus reflexos para conseguir realmente afastar a Igreja das relações oficiais da República. Tendo isso em vista, Marechal Deodoro da Fonseca, também através de um decreto, resolve instituir o casamento civil no Brasil.

Através do decreto 181 de 24 de janeiro de 1890 o chefe do governo provisório institui o casamento civil em terras brasileiras. O decreto continha 125 artigos e obrigava aqueles que queriam casar-se a se habilitarem perante o oficial do registro civil. O decreto 181, o qual buscou dar fim à influência canônica no casamento, dispunha que:

*“Art. 108. Esta lei começará a ter execução desde o dia 21-05-1890, e desta data por diante só serão considerados válidos os casamentos celebrados no Brasil se forem de acordo com suas disposições.*

*Parágrafo único. Fica, em todo caso, salvo aos contraentes observar, antes ou depois do casamento civil, as formalidades e cerimônias prescritas para a celebração do matrimônio pela religião deles*

*Art. 109. Da mesma data por diante todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente á jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no foro eclesiástico”*

O referido decreto não só institui o casamento civil como o torna o único casamento válido juridicamente na República, pois qualquer casamento que não respeitasse suas disposições, casamento não era.

Buscando possibilitar a execução do casamento civil em terras brasileiras o governo provisório editou o decreto 233 de 27 de fevereiro de 1890 que tinha como única função instruir os oficiais do Estado como proceder com a nova forma oficial de casamento. Esse novo decreto tenta organizar os atos oficiais relacionados ao casamento, padronizando os livros e folhas para o registro dos casamentos.

Acontece que embora a modernidade tivesse esperança que a lei, nesse caso com roupagem de decreto, conseguisse modificar a realidade, a resistência às mudanças advindas de leis parecia natural. Ora, a realidade jurídica até então vivida pelo Brasil não havia experimentado a existência de um texto legal capaz de modificar a realidade.

Desse modo, não parecia fácil admitir que um texto pudesse retirar das mãos da Igreja a competência de regular e julgar os casos relacionados ao matrimônio, bem por isso o decreto sobre o matrimônio parece passar despercebido pela ordem jurídica, que continua casando seus noivos como sempre havia feito, na Igreja.

Além disso, aqueles que tomavam conhecimento dos decretos acabavam não gostando da ideia de o Estado passar a regular o casamento, criando mais um casamento além do religioso.

*“Surgiram os decretos que implantavam o regime legal do casamento civil, como único reconhecido oficialmente [...] matéria polêmica e explosiva para os católicos, que viram no simples decreto [...] uma espécie de ‘canonização’ do concubinato.”<sup>271</sup>*

Com isso, ao se analisar a realidade do Estado enquanto legislador da matéria do matrimônio, *“percebeu-se uma insistente celebração dos casamentos unicamente católicos, atitude esta de oposição e resistência ao*

---

<sup>271</sup> LUSTOSA, Oscar de Figueiredo (Org.). A Igreja Católica no Brasil e o Regime Republicano: um aprendizado de liberdade. São Paulo: Ed. Loyola, 1990. p. 11.

*decreto nº 181 de 1890, bem como de incentivo à sociedade a não observância das prescrições civis acerca deste decreto.*<sup>272</sup>

O resultado disso era a existência de muitos casamentos celebrados somente Igreja, sem qualquer reflexo legal do ponto de vista dos decretos editados pela República. Ainda que se possa atribuir este acontecimento a uma suposta resistência elaborada por parte da Igreja, ela parece muito mais uma naturalidade com uma ordem plural por parte da população do que uma empreitada do povo católico contra a disposição estatal.

É possível perceber através da manifestação da Pastoral Coletiva<sup>273</sup> sobre o decreto 181 que embora o casamento religioso estivesse sendo mais utilizado do que o civil, isso não acontecia necessariamente por um posicionamento firme da Igreja, que acabava não abrindo mão de seus direitos sobre os fieis, mas evitava se chocar com o poder temporal. Desse modo, a Igreja podia até pregar em seu interior contra o casamento civil, mas essas possíveis manifestações não reverberaram fora de seus muros e paredes.

Independente da não aceitação do casamento civil, o Estado continuava reforçando o decreto 181. Foi o que fez o Ministério dos Negócios da Justiça em 11 de setembro de 1890. Segundo telegrama dirigido ao governador do estado do Rio Grande do Sul, *“o governo não reconhece outro casamento, celebrado no Brasil, daquela data em diante, senão o civil.*”<sup>274</sup>

---

<sup>272</sup> FERREIRA, 2008, p. 80.

<sup>273</sup> *“D’ora em diante, pois, arrimados aos 2º e 3º artigo do decreto, poderemos entrar francamente na pratica de nossa santa Religião, regendo-nos segundo a nossa fé e a nossa disciplina, sem receiar a minima intervenção do poder publico. E como as instituições dogmaticas e disciplinares do Concilio Tridentino fazem parte dos principios de nosa fé e das regras de nossa disciplina, permanece em plenissimo vigor, como até aqui, a sua legislação matrimonial, [...] em relação ás causas matrimoniaes. O estabelecimentos do chamado casamento civil, sabe-o bem, christãos, não vem substituir o unico verdadeiro casamento que é o relgioso. Nós acreditamos como um dogma de nossa religião que o Matrimonio é um dos sete Sacramentos [...] é ainda doctrina da nossa Egreja, que o contracto não se separa do Sacramento [...] estamos em pleno direito, em face do mesmo governo civil, de só considerarmos como valido para os Christãos o contracto matrimonial que é celebrado na Egreja [...] Outra qualquer união, ainda que decorra com aparências de legalidade, não passa de vergonhoso concubinato. Podeis prestar-vos á formalidade do casamento civil, [...] mas sabendo [...] só contrahis verdadeiro matrimonio, [...] celebraes o acto religioso perante Deus.”* ACMSP. Documentos em fase de catalogação: O episcopado brasileiro ao clero e aos fieis da Egreja do Brazil. São Paulo: Typ Salesiana a vapor do Lyceu do Sagrado Coração, 1890.. p. 50.

<sup>274</sup> Ministério dos Negócios da Justiça In: O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v 52, anno XVIII, 1890, p. 618.



Mas somente a insistência e o reforço do decreto 181 não estavam surtindo efeito, de tal forma que as pessoas estavam casando somente na Igreja e o Estado estava perdendo o controle sobre os casamentos. Como o decreto acabou não sendo muito efetivo, *“visando dar maior efetividade ao Decreto nº 181, e coibir tal prática pelos membros eclesiásticos, o Estado editou o decreto nº 521, de 26 de junho de 1890,<sup>275</sup> proibindo a celebração religiosa antes da civil.”<sup>276</sup>*

*“Decreto nº 521: Que ao princípio de tolerância consagrado no decreto nº 181 de 24 de janeiro último, que permite indiferentemente a celebração de quaisquer cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil, tem correspondido uma parte do clero católico com atos de acentuada oposição e resistência à execução do mesmo decreto celebrando o casamento e aconselhando a não observância da prescrição civil; Quer, por este modo, não só se pretende anular a ação do poder secular, pelo desrespeito aos seus decretos e resoluções, como ainda se põe em risco os mais importantes direito da família, como são aqueles que resultam do casamento; Que o casamento, em virtude das relações de direito que estabelece, é celebrado sob a proteção da república; Decreta: Art. 1º O casamento civil, único válido nos termos do artigo 108 do Decreto 181, de 24 de janeiro último, precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto, com que desejam solenizá-lo os nubentes.”<sup>277</sup>*

A proibição da celebração religiosa do casamento antes da celebração civil buscava trazer para as mãos do Estado o casamento. A ideia era que não havendo a possibilidade de casar no religioso antes do civil, os nubentes não tivessem a possibilidade de se considerarem já casados somente pela benção sacerdotal. E esse posicionamento é reforçado pelo Ministério dos negócios da Justiça, que em carta dirigida ao governador do Estado de Goyaz, afirma:

*“A partir de 24 de maio último, segundo os dispostos no decreto nº 181 de janeiro anterior, não podem os catholicos que repellem o casamento civil registrar o acto*

---

<sup>276</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. *O direito matrimonial* (2008), p. 80.

*religioso sobre o matrimonio que por si só não tem efeito legal;  
(...) depois da publicação do decreto n. 521 de 26 de junho findo, o casamento civil deve preceder a quaisquer cerimônias religiosas com que approuver aos nubentes solemnisa-lo*<sup>278</sup>

Cada manifestação por parte do governo parece buscar que o casamento católico não se sobressaia ao casamento civil e em meio a esse problema do casamento o Estado brasileiro inaugura uma nova forma de resolução de conflitos. Ao se deparar com a não observância de uma regra promulgada por si mesmo o estado edita outra regra para que a regra anterior seja obedecida. Tal atitude mostra um Estado tentando realmente honrar as ideias modernas, confiando somente na lei para resolver os problemas, mesmo aqueles problemas criados pela inobservância da própria lei. É o que faz a Republica buscando ter efetividade em um decreto editando outro decreto.

Retornando à questão do casamento, a atitude de tornar o casamento competência exclusivamente do Estado trouxe muitos impactos na vida do povo que, segundo Rodrigo da Cunha Pereira,

*“permanecia prestigiando somente o casamento religioso, configurando, assim, verdadeiras uniões estáveis, na medida em que, com a instituição do casamento civil como único válido, a partir do decreto nº 181, o casamento realizado na igreja não era mais considerado válido*<sup>279</sup>.

Esta constatação mostra, mais uma vez, o quanto o povo não estava acostumado com as leis, ou até mesmo, a lógica moderna, continuando a viver segundo o justo e o correto ao qual estavam habituados, qual seja, o justo composto pelo pluralismo jurídico. Tudo isso *“pode ser compreendido pela forte raiz deixada por um direito não formal, anti-legal e resistente à modernização.*<sup>280</sup>

<sup>278</sup> Ministério dos Negócios da Justiça In: O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v 52, anno XVIII, 1890, p. 618.

<sup>279</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha, Direito de família – uma abordagem psicanalítica, Belo Horizonte, Del Rey, 1996, p. 78.

<sup>280</sup> FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial (2008), p. 84.

A resposta do Estado, ou mesmo a tentativa de ser obedecido, não tinha outro caminho que não a lei positivada. E assim o Estado busca ser ouvido, através de sua ordem legal. Deste modo, a ordem legal avançava e o casamento civil ganhou força constitucional. A constituição de 1891 previu, em seu § 4 do artigo 72, que “a República só reconhece o casamento civil.”

E assim parecia ser a vida jurídica da República em relação ao casamento. Decretos e mais decretos eram publicados buscando dar efetividade ao casamento civil, ao mesmo tempo em que o casamento civil torna-se o único casamento reconhecido como legítimo pela Constituição da República. Todo esse esforço acontecia para tentar conseguir ter efetividade jurídica sobre a matéria matrimonial em seu território, e não parecia importar quantos mais decretos fossem necessários, a República parecia decidida a tornar o casamento uma questão civil e não mais eclesiástica.

Embora resida na questão matrimonial a disputa mais significativa entre Estado e Igreja, a tentativa de secularização do direito prosseguiu para outras áreas do Direito. Na busca por ser o único emanador do Direito, a República dos Estados Unidos do Brasil tinha que trazer para si todas as competências que antes eram da Igreja.

No final do século XVII os enterros passaram a serem feitos em áreas abertas, por questões sanitárias. Eis que esses locais utilizados para os enterramentos passaram a ser designados como “campos-santos,” os católicos, por sua vez, começam a realizar seus sepultamentos em cemitérios coletivos, próprios para os fieis católicos.

Com o passar do tempo, a Igreja passa a ter cada vez mais ingerência nos sepultamentos dos seus fieis, criando regras e liturgias próprias para os sepultamentos e seus locais. *“Sendo o sepultamento um ato religioso e público, as cerimônias permitiam um controle religioso e social tentando inibir as transgressões criminais, no mundo católico o espaço da Igreja ficava alienado somente aos seus fiéis.”*<sup>281</sup>

Com o tempo a hierarquia da Igreja se apoderou das questões relacionadas à morte e cemitérios daqueles que professassem a fé católica. Isso ocorreu de tal forma que as questões relacionadas a morte passaram a

---

<sup>281</sup> GOMES, 2009. p. 126.

ser cada vez mais uma questão que dizia respeito à Igreja do que ao Estado. Ora, se era a Igreja que decidia sobre tal assunto, o Estado deveria trazer tais questões para sua competência.

A busca pela secularização dos cemitérios não era algo novo, e já tivera início ainda no Império.

*“O debate sobre a secularização dos cemitérios públicos, que esteve bastante presente nos jornais da época, surgiu a partir de 1869, em torno da recusa do pároco de Sapucaia (RJ) de dar sepultura, em local sagrado, ao suicida e protestante David Thompson. O caso deu origem a uma discussão entre o Ministério dos Negócios do Império e a hierarquia eclesiástica a respeito da jurisdição eclesiástica sobre os cemitérios da cidade. O debate chegou ao Parlamento, com a apresentação de um projeto de secularização dos cemitérios públicos, afim de que fosse permitido o sepultamento [...] independente da religião [...] apesar de os cemitérios terem se tornado público, a partir de 1850, eram destinados apenas ao público católico [...] das pré-condições para o seu funcionamento era a benção do terreno”<sup>282</sup>*

As amarras criadas sobre os cemitérios no Império faziam com que os cemitérios, bem como a liturgia funeral, estivessem nas mãos da Igreja. Para retirar essa matéria da competência religiosa e passá-la para a competência terrena, a República editou o decreto 789 em 29 de setembro de 1890. Esse decreto buscava secularizar os cemitérios, passando-os para as mãos do Estado. Sobre o assunto escreve Edgar da Silva Gomes,

*“Sem esta atitude acima, a separação entre a Igreja e o Estado no Brasil foi feita por decreto e deu a impressão de ser uma novidade para a hierarquia do catolicismo, o que não foi a realidade, haja vista as inúmeras tentativas citadas neste trabalho, quando foram tratadas de forma mais incisiva a partir da segunda metade do século XIX. No caso da laicização dos cemitérios o que o decreto iniciou a constituição brasileira de 24 de fevereiro de 1891 ratificou em seu art. 72, parágrafo 5º que decretou o que se segue: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não*

<sup>282</sup> RODRIGUES, Claudia. Aspectos teóricos e metodológicos para uma análise da secularização das atitudes diante da morte no Rio de Janeiro oitocentista. (Tese de doutorado em História Social). UFF-RJ, 2006.

*ofendam a moral pública e as leis". Com o decreto n. 789 de 27 de setembro foi instituída a secularização dos cemitérios em cumprimento ao que determinava a constituição do Brasil.*<sup>283</sup>

A República inicia um novo momento jurídico no Brasil, qual seja, um momento de edição de muitos decretos pelo governo provisório. Importantes para este trabalho são aqueles decretos que buscaram modificar a relação entre Estado e Igreja e entre direito canônico e direito do Estado.

Com a existência de novos decretos e regulações por parte do Estado, muitas delas contempladas na Constituição da República, a postura adotada pelo Estado na ordem jurídica passa a ser outra. O Estado não só adere aos ideais modernos de direito e quer ser o único emanador do Direito, como passa a ter condições de sê-lo, uma vez que passa a ter uma produção legislativa razoável, mesmo que em decretos.

Com essa nova postura, o Estado passa a entrar em uma real disputa com o direito canônico e toda a estrutura eclesiástica. Para saber se os muitos esforços legislativos foram o suficiente para secularizar o Estado, o casamento, os cemitérios e até mesmo o judiciário será preciso ir para além das questões positivas e positivadas.

Que o Estado buscou dar protagonismo às suas produções legislativas e quis assumir toda a ordem jurídica como sua, isso é possível verificar através da ordem positiva, mas a satisfação do desejo republicano de secularizar o Estado e o Direito só é possível de ser analisada na complexidade jurídica da época e tal análise está reservada para o próximo ponto.

#### **4.3 A Renitência Canônica na República.**

Com um cenário jurídico cheio de novidades por parte do Estado, inaugura-se novamente uma questão antiga. Teria a manifestação jurídica do Estado, nesse caso os Decretos, força o suficiente para interromper o uso do direito canônico e substituir toda a estrutura jurídica eclesiástica pela estrutura estatal?

---

<sup>283</sup> GOMES, 2009. p. 128.

Em certa medida como tentara Marquês de Pombal, a República quis racionalizar o cenário jurídico, afastando qualquer influência que não fosse o Estado e sua vontade do campo jurídico do Brasil. Acontece que diferentemente da época da edição da “Lei da Boa Razão”, na República, já havia uma certa produção legislativa, uma ordem positiva considerável advinda do Estado, mesmo não havendo um Código Civil.

Os muitos decretos produzidos pelo governo Republicano, e posteriormente a Constituição, davam a possibilidade, mesmo que parcial, de o Estado regular e julgar sozinho todo o Direito. Para o direito canônico isso significava uma real possibilidade de ser afastado do dia a dia jurídico do Brasil. Por isso, a renitência do uso do direito canônico na República questiona inclusive o poder de ruptura e mudança da ordem positiva do Estado frente a cultura jurídica pré-existente.

A primeira grande questão decorrente do decreto de separação entre Estado e Igreja era justamente a definição de ambos. Ora, a história ocidental entre Estado e Igreja sempre fora de cumplicidade e concordância. Mesmo as grandes brigas entre Igreja e Estado na história não conseguiram abalar essa relação de ajuda mútua.

Mas a separação inaugurada pelo decreto 119-A exigia uma nova postura do Estado, que deveria a partir de então auto definir-se e definir a Igreja Católica juridicamente. Era o Estado, representante de todos, que deveria regular a atuação da Igreja em seu território.

Não era mais a mútua ajuda que definiria o que eram os dois poderes e quais eram suas atuações, mas sim o estado e seu direito positivo.

Logo após o surgimento do decreto 119-A, inicia-se uma grande discussão sobre o que seria a Igreja, agora separada do Estado. Como o decreto simplesmente vetou qualquer relação do governo com a Igreja, mas não definiu em seu interior qual deveria ser a nova forma de relacionamento entre Igreja e Estado, o assunto foi bastante discutido. Afinal, qual deveria ser a relação entre Estado e Igreja?

A resposta para essa pergunta, em alguma medida, passa pela compreensão da própria finalidade do Estado, que secularizado, não deveria mais depender da Igreja e de suas justificações divinas. Justamente sobre este

assunto, a finalidade do Estado, escreve o Dr. Graciliano de Paula Baptista em texto publicado em 1891.<sup>284</sup>

O autor no início do texto já toma partido contra a ideia de um homem orgulhoso que crê criador e autoridade do poder e afirma ser a sociabilidade a primeira lei a reger os destinos humanos. Segundo suas próprias palavras,

“De feito, entre as leis, que em sua origem primitiva (Deus) regem os destinos humanos, a – da sociabilidade é a primeira. A natureza racional e social de todos os homens, as tendências, que em todos existem, para um só e o mesmo fim – a conservação, perfeição, e felicidade, revelam o dever moral de se auxiliarem reciprocamente e trabalharem para o conseguimento deste mesmo fim. O princípio, pois, essencial á sociedade é: fazei todo o bem que puderdes; abstende-vos de fazer mal (deveremos positivo e negativo).”<sup>285</sup>

Dr. Baptista credita à Deus a origem das leis e o caminho trilhado pelo homem, além de ver na harmonia a finalidade da sociedade. Para o autor, o homem organizado, a sociedade, acaba por gerar autoridade, que passa a ser designada soberania quando surge o Estado, e este Estado não deve restringir sua atividade à coerção, seu direito à força. Para o autor,

“Attribuir ao Estado o fim único de realizar a justiça pela força da sanção publica, é mentir a si mesmo, é mutilar o ser inteligente e livre, julgando-o incapaz de aperfeiçoamento no interior só pela força dos deveres Moraes; é esquecer Deus, e a consciência”<sup>286</sup>

Novamente citando Deus, o autor enaltece a moral e o mover interno do homem como acontecimento que contribui no desenvolvimento da sociedade. Aliás, para o autor a moral é extremamente importante, pois é onde Deus se manifesta e onde o homem move seu interior em prol do que é melhor.

“O erro da doutrina, que combato, está em separar o Direito da Moral, de modo a dividir o homem e duas partes: uma para ser dirigida somente pelos seus actos

<sup>284</sup> BAPTISTA, Graciliano de Paula. Qual é o fim do Estado? In: O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v 54, anno XIX, 1891, p. 161/167.

<sup>285</sup> BAPTISTA, 1891, p. 161/162

<sup>286</sup> Ibid. p. 163.

externos, e outra para ser dirigida internamente e segundo a rectidão de suas intenções, dando assim a cada uma destas partes um fim diferente do da outra”<sup>287</sup>

Ora, se a moral é tão importante quanto o direito, ou mesmo inseparável deste, não pode o Estado se ocupar somente da justiça. Segundo o dr. Baptista, “o fim do Estado vae muito além da Justiça: é humanitário”.<sup>288</sup> Com isso, fazer valer seu direito seria pouco para o Estado, ele precisaria se preocupar com o homem como um todo. Sendo assim, ele conclui,

“De tudo, que ficou dito, conclúo que a missão do Estado é Vasta: é não só a segurança dos direitos, como o progresso e civilização: seu fim é o conseguimento do maior bem possível para todos os seus membros sobre a terra: é um fim humanitário.”<sup>289</sup>

O artigo publicado após a edição do decreto de separação entre Estado e Igreja evidencia um empecilho na busca pela secularização do Estado, Deus. A insistência de ter a figura de Deus como justificativa ou justificação da sociedade e do Estado impedia o desenvolvimento de um Estado secularizado.

E como não se tratava de qualquer deus, mas claramente do Deus cristão, aquele mesmo que tinha como representante na terra a Igreja, uma separação efetiva entre esta e o Estado tornava-se tarefa difícil, pois mesmo que se convencesse que somente o Estado poderia dizer o Direito, este Estado e seu Direito deveriam estar em consonância com a moral divina, a moral pregada pela Igreja.

É claro que a ideia do autor não refletia o que pensava toda a doutrina, e isso fica claro quando o autor se colocar como opositor de certas ideias. Ora, ao tomar partido contra certas ideias que circulavam sobre a finalidade do Estado o dr. Baptista evidencia a existência de autores que pensavam diferente dele. Mas em um país em busca da Secularização a insistência de certas ideias permeadas de religiosidade ainda na última década do século XIX demonstra uma realidade ainda em transição.

---

<sup>287</sup> Ibid. p. 164.

<sup>288</sup> Ibid. p. 165.

<sup>289</sup> BAPTISTA, 1891, p. 167.



A separação promovida pelo decreto 119-A também causou outros impactos. Juntamente com a separação entre a Igreja e o Estado veio a dificuldade de ter que conceituar as pessoas jurídicas reguladas pelo Estado. Ora, se a Igreja era agora um ente separado do Estado e dependente da conceituação deste para desempenhar sua função, o momento exigia entender que tipo de pessoa jurídica era a Igreja, e isso passava pelo significado de pessoa jurídica da época.

É comum encontrar nos textos da época que discutiam a relação entre Igreja e Estado referências à Igreja católica como pessoa jurídica, mas dentro da Revista “O Direito” nenhum texto se debruçou sobre o tema de forma mais contundente.

Mas em 1905 o Dr. Francisco de Paula Lacerda de Almeida publicou, no Rio de Janeiro, um livro que se debruçava exatamente sobre o tema. Intitulado “Das Pessoas Jurídicas.”<sup>290</sup> O livro do professor da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro buscava explicar e conceituar as pessoas jurídicas.

Em seu início o livro buscava explicar a origem, utilidade e justificativa das pessoas jurídicas e, ao avançar, foi especificando seu escopo, analisando o que chamou de as “pessoas jurídicas em particular,” que ia desde o conceito da pessoa jurídica União, até o conceito de pessoas jurídica dos Cabidos.

Essas pessoas eram tratadas como organismos sociais, e tinham cada qual sua função. A primeira pessoa jurídica a ser tratada pelo autor era a União Federal, que segundo o autor,

“É no Brazil a mais alta expressão política da nacionalidade e a verdadeira personificação della: os Estados nada mais são em nossa organização natural que elementos de formação postiça, cuja individualidade perde-se na grande unidade nacional. A intuição científica e o testemunho histórico combinam na confirmação desta verdade.”<sup>291</sup>

Esta pessoa jurídica desempenhava importante responsabilidade, “A União é pois a pessoa de Direito Publico por excellencia, reunindo em si a

---

<sup>290</sup> ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. Das Pessoas Jurídicas. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1905.

<sup>291</sup> Ibid. p. 99.

soberania e a mais plena capacidade no domínio do Direito Publico e Privado, interno e externo.”<sup>292</sup>

O autor se preocupa com a figura da União por sua clara importância jurídica e política, e faz o mesmo com os Estados estrangeiros, Estados internos da República e Municípios. Tal escolha não se deu por acaso, tratava-se de uma clara opção por delinear a estrutura Estatal do momento, uma vez que para além dessas pessoas jurídicas não haveria mais domínio publico, tão pouco qualquer tipo de definição jurídica especial.

Se o autor finalizasse sua análise nas pessoas jurídicas mencionadas acima, não haveria muito mais que se analisar, mas o autor continua dando definições às pessoas jurídicas “especiais.” Além da União, dos estados membros e municípios, outra figura merecia atenção especial, A Igreja.

Já de inicio o autor explica,

“A Igreja Catholica, pessoa jurídica do Direito Publico, a qual como o Estado, abrange outras pessoas jurídicas que nella se incluem, está sob a acção das normas do Direito Privado, nem perde perante este Direito – como a outros parece – sua qualidade de pessoa.”<sup>293</sup>

O Dr. Lacerda de Almeida atribui a Igreja Católica a definição de pessoa jurídica de Direito Publico, tal qual a estrutura estatal. Se anteriormente à separação entre Estado e Igreja o caráter de oficialidade da Igreja advinha do regime de padroado instaurado no Império, após a separação entre os poderes, o caráter de Pessoa Jurídica de Direito Publico Interno se dava, ainda segundo o autor, pela personalidade internacional da Igreja e pelas relações diplomáticas entre o Brasil e a Santa Sé. O reconhecimento por parte do Brasil de que a Igreja era uma sociedade perfeita, que exercia sua soberania através de seu chefe sobre fieis espalhados por todo o mundo, inclusive no Brasil, alçava a Igreja ao patamar de Pessoa Jurídica de Direito Público Interno.

Como somente a Igreja Católica preenchia esses requisitos, também somente ela entre as igrejas tinha tal reconhecimento jurídico, continuando a

---

<sup>292</sup> Ibid. p. 101.

<sup>293</sup> ALMEIDA, 1905. p. 115.

existir um tratamento desigual entre a República e a Igreja Católica, se comparado com as outras denominações religiosas presentes no Brasil.

Assim, tal qual fez Coelho Rodrigues e Clóvis Bevilacqua, o Dr. Lacerda de Almeida reconhecia o perfil de Direito Público da Igreja. Segundo as palavras do próprio autor,

“A organização jerarchica [da Igreja], os seus poderes, a obediência que lhe prestam por toda parte os fieis, sua vida própria, sua acção independente de outro qualquer poder extranho, dão-lhe o character de sociedade perfeita ou pessoa jurídica de Direito Público, o que é aliás reconhecido pela maioria dos escriptores.”<sup>294</sup>

Se o caráter público da Igreja parecia ser aceito com certa facilidade, por outro lado, a capacidade privada da Igreja gerava discussões. Isso acontecia justamente porque embora reconhecida como pessoa jurídica interna de Direito Público, à Igreja também era atribuída capacidade privada de gerir e gerenciar seus bens.

O embate aqui era parecido com aquele já travado no Império, onde se perguntava de a Igreja podia, ou não, administrar seus bens de forma autônoma e livre. Segundo o Dr. Lacerda de Almeida, tudo levava a crer que a Igreja Católica estava sim sob a ação do Direito Privado para gerenciar seus bens, como qualquer outra instituição apartada do Estado.

Novamente o caminho utilizado pelo autor para chegar a esta conclusão parece ser tão importante quanto à conclusão em si, em ambos os casos. Para defender que a Igreja seria Pessoa Jurídica de Direito Pública, mas com capacidade de Direito Privado o autor, em longas notas de rodapés, utiliza como fontes opinião de juristas brasileiros, de juristas estrangeiros, projetos de códigos civis, doutrina eclesiástica e canônica.

Em alguma medida, a necessidade de mesclar fontes seculares e religiosas parecia ser preciso para equilibrar a relação entre os poderes. Parecia que independente da separação promovida entre Estado e Igreja ainda havia uma necessidade de equilibrar esta relação. Isso fica mais aparente quando o autor continua definindo as pessoas jurídicas em particular e define em seu livro as Dioceses, as Paróquias e os Cabidos.

---

<sup>294</sup> Ibid. p. 117.

Da mesma forma que era preciso entender a União, Estados Membros e Municípios para se compreender o Estado, sua atuação e competências, era preciso, também, entender a personalidade da Igreja, das Dioceses, das Paróquias e dos Cabidos para entender a atuação da Igreja enquanto instituição perfeita e autônoma.

Com parágrafos dignos de livros de Direito Eclesiástico, o Dr. Lacerda de Almeida explica e organiza suas ideias sobre toda a Igreja e sua estrutura jurídica e política em contraponto à estrutura do Estado brasileiro.

O livro publicado na primeira década do século XX indica uma análise interessante feita pelos juristas da época. Mesmo após a edição do decreto 119-A, ou seja, mesmo com a separação entre Estado e a Igreja, permanecia entre os juristas certa ideia de igualdade, pois mesmos separados, Estado e Igreja eram pensados enquanto pessoas jurídicas que carregavam semelhanças estruturais.

A ideia de pessoa jurídica e a conceituação das pessoas jurídicas ligadas ao Estado e à Igreja no início do século XX não eram o suficiente para cancelar e promover a separação entre as entidades, assim, mesmo separados, o Estado e a Igreja continuavam mantendo semelhanças, mas agora semelhanças adquiridas na construção do conceito de suas personalidades jurídicas.

Em síntese, embora seja possível verificar na doutrina e jurisprudência várias referências à nova realidade jurídica da Igreja enquanto pessoa jurídica separada do Estado, a questão continuava em aberto. Embora existissem novas perguntas jurídicas sobre a Igreja e sua realidade jurídica, as respostas pareciam ser as antigas, e a Igreja continuava a ter tratamento diferenciado por parte do Estado, sendo pensada, em alguma medida, enquanto poder que deveria se equilibrar ao poder estatal.

A Igreja continuava mantendo características jurídicas comuns à realidade pré-moderna, mas agora essas características vinham com nomenclatura diferente, envoltas em raciocínios diferentes, mas que geravam conclusões parecidas àquelas comuns a realidade do padroado. No entanto, algumas permanências eram mantidas sem qualquer preocupação de “nova roupagem”.

Mesmo após a proclamação da República e a decretação de que Estado e Igreja deveriam separar-se, a ordem jurídica brasileira continuava mantendo características de pluralidade, continuava se utilizando do direito canônico. Em sentença publicada pelo juiz Euclides Francisco de Moura<sup>295</sup> é possível ver isso.

Ao julgar ação movida pelo pro-pároco da Igreja Matriz da Lapa, Pe. João Antonio Mannocho, contra a Intendência Municipal da Lapa o juiz da Lapa se utiliza de várias fontes para chegar a decisão.

Tratava-se de ação que buscava a restituição da posse do cemitério da cidade à Igreja Matriz da Lapa. O cemitério que há muito tempo estava em posse da Igreja tinha sido “tomado a força” pela Intendência Municipal da cidade, com a justificativa de que a administração dos cemitérios passara a ser sua competência após a edição do decreto que secularizou os cemitérios.

A sentença decidiu por reestabelecer à Igreja Matriz a posse do cemitério da cidade e o raciocínio utilizado pelo magistrado foi um raciocínio de direito eclesiástico, inclusive citado pelo Dr. Euclides Moura, além das regras das Ordenações. Sendo assim, a sentença publicada em 1892 e confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado em 1893, foi praticamente toda baseada no direito eclesiástico e nas Ordenações, ao velho estilo jurídico complexo da pré-modernidade jurídica.

Além da renitência do direito eclesiástico, havia a influência da própria estrutura eclesiástica. A Igreja Católica não tinha somente um direito, mas toda uma estrutura judiciária para lidar com seus assuntos. A separação da Igreja e do Estado excluía a estrutura eclesiástica das relações jurídicas oficiais do Brasil, o que trazia novas questões a serem resolvidas.

Duas questões (que poderiam virar somente uma) chamam mais a atenção nesse ponto. A primeira é a questão de quais matérias continuariam sob o julgo dos tribunais eclesiásticos e a segunda, que decorre desta, é a possibilidade de os tribunais estatais julgarem os órgãos e organismos religiosos da Igreja, uma vez que a Igreja possuía seu próprio direito e sua própria estrutura judiciária.

---

<sup>295</sup> Acção de Força Nova. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 62, ano XXI, 1893, p. 352/355.

O Supremo Tribunal Federal, em 1896, teve que enfrentar o tema ao ter que decidir sobre qual legislação regeria as corporações religiosas. O Recurso extraordinário<sup>296</sup> foi longo, e o Supremo Tribunal focou-se bastante na Constituição e Decretos para chegar a uma decisão. Neste caso, não foram as fontes utilizadas que chamam atenção, mas sim a quantidade de justificativas dos ministros do Tribunal para chegarem a conclusão que “as corporações religiosas se regem pela legislação commum, independente de seus contractos”.<sup>297</sup>

As razões do recurso, contra razões a ele, réplicas, sentenças e acórdão demonstram uma insegurança na relação entre o meio jurídico oficial e a estrutura jurídica eclesiástica, a tal ponto que o Supremo Tribunal Federal precisou se manifestar sobre qual “direito” regia as corporações católicas.

E o tema se arrastou por um longo tempo também na doutrina. Tristão de Alencar de Araripe Junior publicou um texto em 1905<sup>298</sup> - mais de quinze anos após a proclamação da República -, que discutia justamente a personalidade jurídica da Igreja e de suas associações, bem como sob qual jurisdição estariam estas.

O ponto central da discussão continuava sendo as propriedades e transações das propriedades de Igrejas Católicas e Associações Religiosas, se estas teriam capacidade jurídica para tal, qual legislação regeria tais transações e qual tribunal poderia avaliá-las.

Utilizando-se de uma construção jurídica eclesiástica, o autor explica todas as relações entre bispos, dioceses, ordens terceiras e etc. O autor é bastante atento às regras constitucionais e decretos sobre o assunto, mas não abre mão do direito canônico em seu raciocínio.

Vale lembrar que o texto que evidencia uma disputa em aberto sobre a definição jurídica da Igreja e suas instituições, bem como sobre a relação judiciária da Igreja e do Estado, foi escrito em 1905. Realmente, a relação do Estado com a Igreja pós separação parecia complexa, mesmo quando o

---

<sup>296</sup> Jurisdição Civil. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 71, ano XXIV, 1896. p. 484/500.

<sup>297</sup> Ibid. p. 484.

<sup>298</sup> JUNIOR, T. A. Araripe, Doutrina. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 98, ano XXXIII, 1905. p. 165/172.

Estado assumia a oficialidade de seu direito e de sua jurisdição, fazia isso sem saber ao certo até onde podia ir.

Foi o que mostrou o Recurso extraordinário de número 376.<sup>299</sup> Tratava-se de um recurso movido por fieis católicos, possuidores e administradores da Igreja de Nossa Senhora de Conceição, no Maranhão, que se recusavam a restituir ao Bispo da diocese a posse e administração da igreja.

Inconformados com as decisões do juiz local e do Tribunal Superior de Justiça do Estado do Maranhão que decidiram pela entrega da referida igreja, bem como tudo dentro dela ligada ao culto, aos cuidados do bispo diocesano, vários fiéis impetraram Recurso Extraordinário para que o Supremo Tribunal Federal decidisse.

Com isso, o Supremo Tribunal Federal via-se com uma questão complicada, qual seja, descobrir a quem pertencia a posse e a administração de uma igreja. Demonstrando práticas comuns que remontam tal época, com uma complicada questão nas mãos, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo não conhecimento do Recurso Extraordinário por falta de previsão legal para o caso. Desse modo, a decisão material acabou sendo tomada pelo Superior Tribunal do Estado, que confirmou a sentença do juiz de direito.

A pergunta que esteve velada durante todo o processo era se o Estado, representado pelo judiciário, teria jurisdição para emitir julgamento sobre a decisão de um bispo em sua diocese. A República havia mantido a administração dos locais de culto católico à Igreja, mas que Igreja? Aquela representada pelo Bispo ou pelos fiéis?

Pela proximidade histórica do padroado era comum ver autoridades estatais que ainda se sentiam parcialmente responsáveis pelos imóveis destinados às finalidades do culto Católico, elem disso, até o momento a Igreja Católica não era unanimamente reconhecida como proprietária de seus imóveis. Todo esse cenário contribuía para a pergunta de até onde a jurisdição estatal poderia ir neste caso.

Primeiramente a decisão reconhece o direito canônico como direito válido para a questão, e usa as disposições dele para estabelecer a hierarquia no caso. Com isso, reconhece o bispo como representante e autoridade da

---

<sup>299</sup> Recurso Extraordinário nº 376. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 101, ano XXXIV, 1906. p. 219/237.

diocese, entendendo pertencer a ele as decisões sobre a administração das igrejas de sua diocese, com isso, a decisão do judiciário reconheceu a autoridade do bispo em decidir sobre a administração da Igreja de Nossa Senhora de Conceição.

Embora a decisão pareça se preocupar bastante com a separação entre Estado e Igreja promovida pela República, e o judiciário pareça ter iniciado uma tomada de posição mais sólida em relação ao judiciário eclesiástico, as mesmas perguntas sobre a relação entre o poder judiciário temporal e espiritual continuavam sendo feitas.

A realidade jurídica pós-separação entre Estado e Igreja parecia ainda ser espaço de debate, pois haviam muitas ideias no meio jurídico sobre o impacto que tal apartamento deveria ter na realidade jurídica, de tal forma que a instituída secularização do Estado e do Direito ainda mostrava-se em construção, em busca de um significado.

#### **4.4 Matrimônio e família, a maior resistência canônica na República.**

Incapaz de demonstrar sozinho a complexidade entre direito canônico e secular na República, mas indispensável para compreender o difícil desligamento entre as esferas jurídicas do Estado e da Igreja após o decreto 119-A, o direito de família do final do século XIX e início do século XX mostra-se a matéria mais interessante da relação jurídica estatal e religiosa. Sem dúvida, a matéria que o direito canônico mais resistiu presente após a separação entre Igreja e Estado foi o direito de família, sobretudo o direito matrimonial, de tal maneira que esta parte da pesquisa mereceu um ponto próprio.

Isso acontece principalmente porque a natureza da família sempre fora reconhecida como matéria divina, pois a família era constituição primeira de uma sociedade e permitia sua perpetuação. Não por acaso, todas as regras sobre o casamento até 1890 eram advindas da Igreja. Aliás, a primeira legislação produzida no Brasil que se debruçou sobre a matéria jurídica da família também foi produzida pela Igreja, a Constituição Primeira do



Arcebispo da Bahia foi a primeira produção legislativa feita no Brasil e também se debruçou sobre o tema.

Mesmo as produções legislativas do Estado quando se ocupavam do tema costumavam remeter as regras a serem seguidas para as regras canônicas. Foi assim nas Ordenações e no Império, de tal forma que em toda a vida do Brasil, fora a Igreja que sempre regulou o direito de família.

Por tudo isso, a competência do direito de família, principalmente do direito matrimonial, era indiscutivelmente da Igreja, contudo, com a chegada das ideias modernas, com a defesa de que todo o direito deveria ser regulado pelo Estado, o poder político central passa a ver-se como necessário regulador de todas as matérias, inclusive as matérias de família.

O já contestado poder de mudança de um ato legislativo, nesse caso, tem um maior desafio. O matrimônio não tinha somente uma natureza religiosa, como constituía, como constitui até hoje, um sacramento da Igreja Católica. Isso significava que o casamento era considerado sinal visível da ligação feita entre Jesus Cristo e a humanidade, o que fazia a tarefa de secularizar o direito matrimonial ficar ainda mais difícil.

Como mostrado no capítulo no capítulo anterior, até o fim do Império o casamento sempre fora considerado matéria canônica, de responsabilidade jurídica e moral da Igreja. Bem por isso não havia qualquer manifestação jurídica do Estado que não remetesse ao uso do direito canônico, tampouco estrutura estatal para se ocupar de tal função.

Eis que entre em vigor o decreto 181 de 1890, que decide por secularizar o casamento, conforme dizia o próprio Decreto em seu artigo primeiro, “As pessoas, que pretenderem casar-se, devem habilitar-se perante o official do registro civil, exhibindo os seguintes documentos em fôrma, que lhes deem fé publica”, a ideia era que a partir daquele momento o casamento deveria ser assunto do Estado.

A dificuldade em aceitar essa pretensão estatal ficou claro na doutrina e jurisprudência gerada após o Decreto, ficou clara, também, nas atitudes de reiteração constantes do próprio Estado.

O Ministério dos Negócios da Justiça cansou de declarar que “o governo não reconhece outro casamento, celebrado no Brazil, daquela data em diante

[24 de maio de 1890], senão o civil”.<sup>300</sup> Consultas sobre como deveria acontecer os casamentos e dúvidas frequentes sobre a matéria faziam parte da realidade do Ministério dos Negócios da Justiça. Por isso, era frequente frases de autoafirmação do casamento civil por parte do Estado, que parecia enfrentar resistência no dia a dia da sociedade brasileira.

De início, vale lembrar que embora o Decreto 181 tenha instituído o casamento civil, materialmente não houve mudanças. O casamento civil imitava em quase tudo o casamento católico, desde a habilitação, até as possíveis nulidades. E quando o judiciário era acionado para responder questões não trazidas pelo Decreto, com tranquilidade, utilizava o direito “comum” até o momento para a matéria, o direito canônico.

Isso pode ser visto na decisão do Juízo dos Casamentos de Barra Mansa em 1 de maio de 1891. Quando indagado sobre a idade mínima para contrair núpcias no casamento civil, como não havia disposição suficiente sobre o assunto no Decreto 181, o juiz se utiliza do direito canônico para dar a resposta. Segundo palavras do magistrado Joaquim de Oliveira Machado, “A lei canonica fixou idade de 12 anos completos para a habilitação nupcial: a lei civil tomou essa idade como início da puberdade feminina,”<sup>301</sup> por isso, o magistrado conclui que a idade mínima é aquela instituída pelo direito canônico.

Mesmo com tantas semelhanças, a missão do Estado era assumir o protagonismo jurídico do matrimônio. Como a Igreja tinha uma estrutura muito mais capilarizada, ficava difícil efetivar tal controle, ainda mais com padres nada satisfeitos com a atuação da República.

Enfrentando resistência quanto ao casamento religioso, que parecia ter a preferência dos brasileiros, várias medidas foram tomadas para evitar que os nubentes casassem somente na Igreja. Uma interessante tentativa de dar protagonismo ao casamento civil aconteceu em Santa Catarina.

A Constituição do Estado de Santa Catarina previa, em seu artigo 92, § 21, que o casamento civil deveria ocorrer necessariamente antes do religioso.

---

<sup>300</sup> Ministério dos Negócios e Justiça. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 53, ano 1890, p. 593 e Ministério dos Negócios e Justiça. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, ano 1889 p. 602.

<sup>301</sup> Decisões. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 55, ano XIX, 1891. p. 147.

A tentativa era obrigar os nubentes a buscar o cartório antes da Igreja, evitando que as pessoas casassem somente no religioso.

Essa previsão constitucional de Santa Catarina gerou bastante discussão, pois parecia não respeitar a liberdade religiosa de cada qual, por isso, o Ministério dos Negócios da Justiça se manifestou quanto ao caso e em 21 de agosto de 1891<sup>302</sup>, afirmou que nenhuma constituição poderia dispor de tal disposição, uma vez que iria contra a ideia de liberdade prevista no artigo 72 da constituição da República. Essa decisão do Ministério dos Negócios da Justiça acabou com a possibilidade dessa tática, e os Estados passaram a ter que inventar outras formas para que a população parasse de prestigiar mais o casamento religioso que o civil.

Mesmo assim, decidindo pela impossibilidade de os Estados decretarem isso, o próprio Congresso queria instituir que fosse exigido o casamento civil antes do religioso, mas todas as vezes que tentava, o projeto era descartado.

Já naquela época havia a tática de que na ausência de uma decisão legislativa recorria-se ao judiciário, mesmo em temas que pareciam dizer respeito ao legislativo. Como o Congresso não aprovava essa exigência o Tribunal de Justiça de São Paulo foi acionado para considerar criminosos os sacerdotes que aceitassem celebrar casamentos religiosos antes da celebração civil.

O Tribunal de Justiça de São Paulo concordou com o pedido e considerou crime a celebração do casamento religioso antes do civil. Para isso, enquadrou tal atividade ao artigo 284 do Código Criminal.

Art. 284. Se forem falsas as declarações que se fizerem, e as reuniões tiverem fins opostos à ordem social, o Juiz de Paz, além de dispersar a sociedade, formará culpa aos associados.

Dessa forma, seria oposta à ordem social a celebração religiosa antes da civil. A tentativa clara era de evitar que as pessoas continuassem a casar somente no religioso e desprezassem o casamento civil.

---

<sup>302</sup> Ministério dos Negócios da Justiça. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 56, ano XIX, 1891. p. 685.

Mas Virgílio Domingues da Silva não se conformou com a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo e em 1894 publicou um texto que atacava a decisão supracitada.

Com o simples título “Casamento Civil e Religioso”<sup>303</sup> o autor acredita que o artigo 284 do Código Penal não pode ser aplicado nesse caso, pois a Constituição e sua nova visão sobre a sociedade e o Estado impediam que isso acontecesse. Segundo o autor,

“O que é certo, é que toda a vez que se ha tentando no Congresso estabelecer a precedência do acto civil sobre o religioso, cáe o projecto que a intenta; e parece evidente que, se intentando estabelecer a procedência, é porque essa não existe, e , portanto, não se pode executar o art. 284 do Cod. Penal.

Si fosse intenção do Congresso estabelecer a precedência, não precisaria deixá-lo a uma lei ordinária; não teria suprimido a obrigatoriedade, decretada pela Constituição do Governo Provisório em 22 de junho de 1890, que dizia o seguinte art. 72 §4: “A República só reconhece o casamento civil, que precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto.” Entretanto, diz simplesmente a Constituição de 24 de Fevereiro, no § 4º do art. 72: - “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”<sup>304</sup>

O autor parece não concordar com a intervenção do judiciário na questão, pois acredita que o legislativo já havia se ocupado do caso e propositalmente não havia decidido pela necessária precedência do casamento civil, de tal forma que o judiciário não poderia inverter tal decisão.

Independente de como isso aconteceria, seja pelo legislativo ou pelo judiciário, o Estado queria assumir o protagonismo jurídico nas relações matrimoniais. Acontece que pelas duas vias era preciso enfrentar um duro debate político e jurídico, como bem mostrou Virgílio da Silva, que em nome da liberdade constitucional não aceitava a criminalização de religiosos católicos que celebrassem casamentos antes da celebração civil.

Mas não havia somente uma disputa na execução da celebração, a competência sobre a jurisdição matrimonial também estava em disputa. Da

<sup>303</sup> SILVA, Virgílio Domingues da. Casamento Civil e Religioso. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 64, ano XXII, 1894. p. 321/325.

<sup>304</sup> Ibid. p. 321/322.

mesma forma que a matéria matrimonial havia sido tratada sempre pelo direito canônico até a república, as questões relacionadas a ele também ficavam a cargo da Igreja, mais especificamente dos tribunais eclesiásticos.

Com a busca pela secularização do casamento, não só a legislação e a execução deveriam passar às mãos do Estado, mas também a competência judiciária. Fazer com que essa nova compreensão chegasse em todos os lugares e juizados era bastante difícil, ainda mais com uma estrutura judiciária eclesiástica já solidificada em cuidar desses assuntos. Por isso o Ministério da Justiça e Negócios Interiores declarou, em 24 de setembro de 1896, que a competência para interpretar a lei do casamento era do poder judiciário.<sup>305</sup>

Alberto Torres, ministro desse ministério, ao ser consultado por um juiz sobre uma dúvida advinda da lei do casamento Civil, disse que não cabia ao executivo a interpretação da lei, mas sim ao judiciário do Estado tal interpretação. Os juízes e tribunais da época esforçavam-se bastante para dar tais interpretações. A apelação Civil nº 450<sup>306</sup> demonstra tal esforço. Tratava-se de um julgamento sobre erro de estado em um casamento.

A apelação fez os magistrados refletirem sobre toda a instituição matrimonial. Ao tentar definir o que esse instituto seria, o Tribunal da Relação do Estado do Rio de Janeiro escreveu o seguinte parágrafo,

“E’ o casamento uma instituição social, base da família, da paz, da ordem, fonte de direitos e deveres, veículo do lar, a sociedade, que a religião santificou, o Estado deu a feição de um contrato, e que não pode ser anulado senão nos casos prefixados pela lei e com as fórmulas e solemnidades exigidas.”<sup>307</sup>

O fragmento acima mostra o reconhecimento de uma naturalidade da família, claramente anterior à sociedade, ao Estado e à Igreja. Cada uma dessas instituições atribuiu a este instituto algo. Enquanto a religião teria elevado a união entre homem e mulher ao status de sacramento, santificando-a, o Estado teria incluído o casamento no rol de contratos, com isso, o

<sup>305</sup> Ministério da Justiça e Negócios Interiores. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.72, ano XXV, 1897. p. 472.

<sup>306</sup> Apelação Cível nº 450. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.78, ano XXVII, 1898. p. 196/215.

<sup>307</sup> Ibid. p. 198.

casamento poderia ser tratado como um “contrato santo,” e ao levar em consideração a complexidade da sociedade, tanto a opinião do Estado quanto a da Igreja, era tratado assim, conjugando os direitos.

Ao levar em consideração a complexidade do instituto matrimonial, como fez o voto, o uso do direito eclesiástico e canônico torna-se inevitável. Foi o que a apelação mostrou, utilizando-se de vários tratados de direito eclesiásticos e máximas do direito canônico, os magistrados construíram suas decisões.

É bem verdade que os magistrados não se utilizam do direito canônico inicialmente enquanto legislação vigente, mas seu uso fica claro enquanto parte constitutivo do conceito e função do matrimônio. Por isso, ao buscar definir juridicamente o casamento os magistrados utilizam, também, a definição do direito canônico,

“O Direito Canônico define – *Magnun sacramentum in quo viri et mulieris conjunctio individuum vitae consuetudinem continens.*

Este identificador de duas pessoas não se pode realizar sem mutuo consentimento. e completo no todo e em suas partes – *nuptiae consistere non possunt, nisi consentirent omnes. Nuptiae consensus facit.*

A Igreja funda o casamento só no consentimento por palavras de presente.”<sup>308</sup>

A utilização do direito canônico é ainda maior porque o casamento foi realizado anteriormente a edição do Decreto 181, por isso o acordam decide que para se entender sobre erro no matrimônio seria preciso estudar a questão por dois aspectos, da lei civil em vigor e do Direito canônico.<sup>309</sup>

Tal decisão, de conjugar os dois direitos permitiu a união de dois mundos jurídicos diferentes, o que pode ser visto no acordam. Enquanto para se falar da lei civil vigente fora usados não mais de dois parágrafos, para explicar a visão do direito canônico foram utilizadas quase três páginas de argumentação, construindo todo um raciocínio canônico sobre o impedimento matrimonial do erro de estado.

Tratava-se do encontro entre antigo e moderno. O antigo, representado pelo direito canônico tinha sua força na argumentação, na construção de

---

<sup>308</sup> Ibid. p. 208.

<sup>309</sup> Ibid. p. 211.

raciocínio sobre o tema, sendo necessário vários parágrafos para entendê-lo, já o moderno, representado pela lei civil, tirava sua força do Estado, seu ente emanador, precisando apenas de algumas linhas para sua reprodução, sem a necessidade de construções jurídicas.

Por fim, ainda sobre as argumentações presentes na apelação, ficou claro que a conclusão a que se chegou foi a mesma que se chegaria em um tribunal canônico, pois a conclusão do caso foi iniciada com a seguinte frase “conformemente induzem os Canonistas,”<sup>310</sup> confirmando que toda a argumentação canônica fora levada em consideração.

A ligação do instituto jurídico matrimonial com sua natureza divina na jurisprudência nada mais era do que o reflexo do que a doutrina construía. Manoel Godofredo de Alencastro Autran, ex-juiz de casamentos e advogado, mostrou isso em seu livro intitulado “Do Casamento Civil, segundo o Decreto nº 181 de 24 de Janeiro de 189”<sup>311</sup>.

O autor buscava comentar os artigos presentes no Decreto, explicando passo a passo as regras e exigências civis matrimoniais. Embora o livro tenha somente preocupações com o casamento civil, já no primeiro comentário do livro o autor demonstra que era preciso citar, de alguma forma, o casamento religioso. Ao definir o casamento o autor escreve o seguinte,

“O casamento é um contrato de direito natural, pois tem por objectivo a procriação dos filhos, o auxilio mutuo, e o aperfeiçoamento da espécie. Fundamento da família, que é a base da sociedade, não póde deixar de ser regulado pelas leis civis. A elevação desse contracto à dignidade de sacramento, segundo as leis da Igreja, não obsta que o Estado, conjuncto de indivíduos que não commungam todas as mesmas crenças religiosas, nem professam a mesma fé, estatúa sobre as condições civis do casamento, sem offensa das consciências individuaes. Igreja livre no Estado livre é o lemma de todos os povos na conquista da civilisação.”<sup>312</sup>

Enquanto contrato de direito natural, parece que o estado busca espaço/permissão para interferir em questões matrimoniais. A sempre

---

<sup>310</sup> Ibid. p. 215.

<sup>311</sup> AUTRAN. Manoel Godofredo de Alencastro. Do Casamento Civil, segundo o Decreto 18 de 24 de janeiro de 1890. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert & C, 1896.

<sup>312</sup> Ibid. p. 01.

reconhecida elevação do matrimônio à sacramento parece ser respeitada pelos juristas, ao mesmo tempo em que se justifica a existência do direito civil.

O primeiro comentário do livro, além de citar a Igreja e sua relação com o matrimônio, parece colocar o casamento civil como algo complementar ao casamento religioso. Embora o autor não diga isso com todas as palavras, em todo o livro trata o casamento civil como complementação social do casamento religioso, já que seria acessível à todos os cidadãos, mesmo os não católicos.

De alguma maneira o casamento civil tentava sobrepor-se ao religioso, ora através do direito e da argumentação, ora através da política e da força do Estado. Independente do caminho utilizado tratava-se sempre de uma substituição e a comparação ou justificação de tal sobreposição era sempre trazida, parecia necessário.

O uso do direito canônico não era unanimidade, acontece que mesmo que isso não fosse desejado, por vezes, o magistrado via-se compelido a utilizar fontes para além do direito civil. É o que mostrou uma ação de divórcio do Juízo da Comarca de Campinas em 1897.<sup>313</sup> Conforme palavras de José Soriano de Souza, magistrado da comarca, ao julgar a ação de divórcio,

“Não pode o juiz civil guiar-se pelas mesmas normas e critérios, que regulariam o juízo ecclesiastico, para resolver sobre a nulidade ou a annulação do casamento em questão, e que pelo contrario deve tanto quanto possivel conformar-se com os princípios do direito matrimonial civil”<sup>314</sup>

Segundo o magistrado, na lacuna da lei civil não se deveria usar o direito canônico, mas sim o direito civil Frances, que para ele seria “fonte primeira de nosso decreto 181.”<sup>315</sup> Embora frente às frequentes lacunas evidenciadas pelo magistrado fosse necessário recorrer aos Códigos, a nova forma moderna de falar o direito, a doutrina continuava se utilizando do direito canônico, bem como toda ordem jurídica pré-moderna, para se construir, mesmo que a reconstrução fosse com uma roupagem moderna.

---

<sup>313</sup> Ação de Divórcio. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.79, ano XXVII, 1899. p. 25/31.

<sup>314</sup> Ibid. p. 29/30.

<sup>315</sup> Ibid. p. 30.



O texto de Oliveira Fonseca, intitulado “Legitimação de filhos adulterinos”, publicado em 1902,<sup>316</sup> é um exemplo disso. O autor discute em seu texto como deveriam ser tratados, juridicamente, os filhos frutos de relação adulteras.

O autor divide sua explanação em quatro pontos e uma pequena conclusão. Por se tratar de um tema de direito de família, quase que naturalmente, um dos pontos trazia as respostas canônicas para a questão. O interessante é que os outros três pontos restantes e a conclusão também traziam questões do direito canônico. Em resumo, os cinco pontos do texto se utilizavam do direito canônico.

O primeiro ponto, intitulado “O Direito Romano”<sup>317</sup> discute o tema levando em consideração o que o autor chamou de “códigos” romanos, mas a clara ênfase do autor é dada ao direito romano após este assumir o cristianismo enquanto religião oficial. Desse modo, o autor acaba tratando o direito romano como expressão jurídica cristã romana. Aliás, era essa ligação cristã que ligava o direito romano à época, pois “o direito romano era bem aplicado às nações cristãs modernas, porque já havia sido desde o princípio a essas populações convertidas.”<sup>318</sup>

O segundo ponto, “O Direito Canônico”<sup>319</sup>, inicia com a opinião do Papa Alexandre III, do século XII, e prossegue discutindo a opinião de canonistas de várias épocas. De Graciano à Candido Mendes, o autor constrói o ponto mais interessante de seu texto, isso porque é o ponto que mais traz opiniões e informações próprias. Como essas opiniões nem sempre eram concordantes, o ponto é bem debatido e completo.

O terceiro ponto, por sua vez, chama-se “O Direito Pátrio.”<sup>320</sup> Como o próprio nome indica, esse ponto preocupa-se em trazer as respostas do direito pátrio para a questão principal do texto. Embora o autor tenha utilizado as ordenações para falar sobre o tema, novamente, o direito canônico entra em

---

<sup>316</sup> FONCECA, Oliveira. Legitimação de filhos adulterinos. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.89, ano XXX, 1902. p. 172/194.

<sup>317</sup> Ibid. 172.

<sup>318</sup> Ibid. p. 177.

<sup>319</sup> Ibid. p. 179.

<sup>320</sup> Ibid. p. 185.

cena. Dessa vez o autor concorda com Candido Mendes e afirma que “a legislação civil não se podia afastar do direito canônico em relação aos efeitos do casamento catholico.”<sup>321</sup> Por isso, novamente o texto volta-se para o direito canônico, mas dessa vez como direito a ser imitado.<sup>322</sup>

O último ponto, de nome “O Projecto do Código Civil”<sup>323</sup>, traz a solução que o projeto de Código da época havia definido para o tema do texto. Mais uma vez o direito canônico esteve presente no texto, contudo, dessa vez como comparativo. Ora, se durante todo o texto o autor se utilizou do direito canônico para construir o que seria a correta interpretação para o tema, nesse ponto sobre o projeto do Código Civil, restou para o autor verificar se o projeto de Código seguia a linha de raciocínio escolhida pelo autor ou não.

Por fim, em sua pequena conclusão, aliás nada conclusiva, o autor dá uma resposta lúdica sobre a natureza, suas injustiças e como interpretá-la, inspirando-se em Justiniano.

O interessante do texto, é que ele evidencia um ponto interessante, muitas vezes velado, da relação entre o direito canônico e a modernidade jurídica proposta pela República. O texto mostra que no que diz respeito à questões de direito de família o direito canônico era necessário, isso porque ou ele estava ali para ser considerado modelo, ou para ser deixado de lado. O fato é que ele precisava estar lá, pois além dele pouca coisa restava sobre o assunto. Em resumo, sem o direito canônico não havia substância jurídica suficiente para se debater o tema, seja para aceitá-lo ou questioná-lo. Por fim, talvez esse seja um dos maiores motivos da renitência do uso do direito canônico nas questões de família, pois sem ela não haveria muito o que se debater e construir.

Antes que algum leitor aponte que o direito romano também fora importante para o tema e não está sendo tratado aqui, vale ressaltar que ele também está presente aqui. Acontece que o próprio direito canônico se utilizou muito do direito romano, acrescentando a este a novidade e o debate, como bem ensinou Adriano Cavanna em frase trazida no primeiro capítulo.

---

<sup>321</sup> Ibid. p. 189.

<sup>322</sup> Ibid. p. 189.

<sup>323</sup> Ibid. p. 190.

Acontece que esse uso do direito canônico vai desaparecendo, não necessariamente porque ele deixa de ser um marco e sim porque a produção legislativa do Estado passa a ser cada vez mais abundante, com isso, as discussões jurídicas passam a estar focadas, cada vez mais, nos decretos da união, leis e constituições dos estados, além dos Códigos de outros países, mesmo que essas produções estatais somente reproduzam o direito canônico. Desse modo, o direito canônico e sua influência passam a ser cada vez mais esquecidos, pois as produções legislativas do Estado davam conta de proporcionar sozinho substrato para as discussões.

Além da produção legislativa citada, a passagem do século XIX para o século XIX mostra uma resistência cada vez mais forte ao uso do direito canônico. Como afirmado pelo Supremo Tribunal Federal em 1903 “O direito canônico não póde mais ser invocado para reger relações do direito civil”<sup>324</sup>.

Até o ano de 1916, ano da promulgação do primeiro Código Civil Brasileiro, a utilização do direito canônico manteve-se tímida. A firmeza com que os tribunais rejeitavam seu uso e a existência de material jurídico suficiente para dar respostas às questões de direito de família, sem precisar recorrer ao direito canônico, auxiliaram esse distanciamento.

A própria revista “O Direito”, editada até março de 1913, demonstra isso, pois a doutrina e jurisprudência trazida nos últimos anos de sua existência cada vez mais demonstravam a ausência do direito canônico. Textos e doutrinas pareciam cada vez mais esquecer das discussões e inspirações promovidas pelo uso do direito canônico e focavam-se nos decretos e leis estatais.

Importante ressaltar que ainda haviam pontos bastante discutidos envolvendo o direito canônico, tal qual a função da estrutura eclesiástica e o limite de intervenção do Estado nas questões relacionadas à Igreja. Além disso, o direito eclesiástico permanecia como matéria nas faculdades de direito.

Dessa forma, há uma diminuição considerável no uso do direito canônico nos últimos anos que antecederam a edição do Código Civil em 1916, principalmente na materialidade jurídica das discussões. No entanto, não houve uma extinção do uso do direito canônico, mas somente uma diminuição de seu uso, suficiente para não inovar em sua permanência.

---

<sup>324</sup> Appellação Civil nº 917. O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.96, ano XXXIII, 1905. p. 448.

Sendo assim, o presente ponto pretendeu demonstrar como nas matérias jurídicas relacionadas ao direito de família o direito canônico permaneceu mais tempo presente. A ideia de que a família constituía um contrato de direito natural, de função naturalmente estabelecida cujo direito brasileiro sempre fora de responsabilidade da Igreja, contribuiu para que o direito de família mantivesse fortes ligações até a edição de Código Civil de 1916, principalmente em juízos menos expressivos de primeiro grau.

## 5.0 Considerações finais.

Sem dúvida o cenário jurídico brasileiro era plural. Influenciado pelo cenário europeu, mas com contornos bem próprios. A ordem jurídica brasileira já nascera plural, e mantivera-se plural após sua independência.

Essa pluralidade pode ser demonstrada através do estudo de vários desses direitos que compunham a ordem jurídica plural brasileira, e o direito canônico é um deles.

A manutenção da Igreja Católica como religião oficial do Império e a posterior cooperação entre Estado e Igreja mostram uma ligação muito forte entre essas duas entidades. Essa “união” não ocorria somente por conservadorismo da coroa ou da elite, que de fato existia, mas, sobretudo por uma agenda de ajuda e cooperação entre Império e Igreja.

A participação do clero no parlamento e as discussões parlamentares da época, neste trabalho focadas no senado, mostram uma Igreja que ajuda o Estado a se formar, auxiliando quais contornos jurídicos ele deve adotar, ao mesmo tempo em que uma das casas legislativas do Estado também é arena de discussões e tomadas de decisões sobre a Igreja.

Da mesma forma ocorria no Direito, pois direito canônico e secular completavam-se, sendo manifestações de um mesmo sentido de justiça. Em um período em que o ente emanador do direito não era o foco do poder jurídico, Estado e Igreja tinham seus direitos como componentes da justiça porque eram capazes de unirem a representação terrena e divina do que era justo.

Por isso, durante parte do Império, direito canônico e secular viveram um equilíbrio e de forma relativamente pacífica regulavam a vida do recente país. Ocorre que as ideias modernas de Estado e Direito cada vez mais exigiam mudanças, e a hierarquia política e jurídica era uma delas. Essa necessidade de a Coroa colocar-se acima da Igreja acabou desestabilizando a relação harmônica existente entre Igreja e Estado.

Durante os últimos vinte anos do Império a relação entre Estado e Igreja não ia nada bem, pois tanto a Coroa, cheia de ambições, quanto o clero, cheio de mordomias, não tinham seus desejos atendidos e estavam insatisfeitos com a relação entre Coroa e Altar.

Porém, a instabilidade política não refletia diretamente na ordem jurídica e mesmo com os desentendimentos entre trono e altar o direito canônico continuava sendo utilizado nos tribunais e a estrutura jurídica eclesiástica mantinha sua oficialidade.

Esse cenário jurídico só vai sofrer impactos com a chegada da República e a separação entre Estado e Igreja. A chamada secularização é adotada em terras brasileiras e tanto o Estado quanto o Direito passam a ter como exigência a separação com questões religiosas. Isso faz com que a estrutura jurídica eclesiástica perdesse a oficialidade e que o direito canônico não mais pudesse ser utilizado pelos tribunais.

As ideias modernas já faziam parte da realidade jurídica brasileira. Mesmo durante o período imperial já era possível ouvir “gritos” de juristas que clamavam pela racionalização e secularização do Direito. Contudo, o estado só assumiu esses anseios no início da República.

A secularização do Estado pretendia ser instaurada após a edição do decreto 119-A e a secularização do Direito por vários decretos posteriores, como o decreto 181, 521, 789 entre outros. Embora esses decretos buscassem dar fim a relação entre Estado e Igreja, além de afastar completamente o uso do direito canônico e toda estrutura judiciária eclesiástica, o que esses decretos realmente fizeram foi dar início legal a tudo isso.

Sendo assim, os anos posteriores ao início da República, mesmo a contragosto, continuaram sendo anos que o direito canônico permanecia presente na doutrina e jurisprudência do Brasil. Mas dizer que o direito canônico continuava a ser usado mesmo após a chegada da República não é novidade, o que o trabalho traz de diferente é a análise material dos discursos que utilizavam o direito canônico.

Utilizando-se da seleção de textos do editorial da revista “O Direito”, foi possível verificar que a permanência do direito canônico na doutrina e jurisprudência nacional estava muito além de um uso por simples conservadorismo ou por teimosia religiosa.

O direito canônico continuava presente na ordem jurídica brasileira por necessidade da própria ordem jurídica. Seja porque não havia outras regras a serem seguidas ou porque a natureza jurídica do instituto exigia, o direito canônico continuava presente na doutrina e na jurisprudência. Isso significa

que a ordem jurídica não estava pronta para se regular apenas com as manifestações estatais.

O choque desse despreparo com a necessidade premente de se afastar do direito canônico gerou um resultado interessante. Visto principalmente no direito de família, o que ocorreu foi a transferência material do direito canônico para o direito estatal, resultando institutos civis copiados em sua essência do direito canônico.

E a doutrina foi bastante responsável por isso, uma vez que se utilizava do direito canônico como fonte inspiradora e fio condutor lógico para dizer como deveria ser o direito do estado.

A consciente escolha do direito canônico como fio condutor lógico de alguns institutos do que viria a ser o direito civil codificado demonstra uma presença canônica diferente, uma presença que vai muito além do mero conservadorismo jurídico e moral pregado por alguns autores.

A consciência de um papel importante desempenhado pelo direito canônico na base do direito brasileiro – em seu planejamento e construção – possivelmente permita compreender melhor o direito pátrio e se muitos acusam o Direito brasileiro de não ter se secularizado até hoje, isso pode ter ocorrido por não se compreender qual a real contribuição do direito canônico no direito brasileiro.

## 6.0 Referências Bibliográficas

### 6.1 Fontes primárias

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Direito Civil eclesiástico Brasileiro**. Rio de Janeiro, 1866, t. I, 3ª parte.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. **Das Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1905.

AUTRAN. Manoel Godofredo de Alencastro. **Do Casamento Civil, segundo o Decreto 18 de 24 de janeiro de 1890**. Rio de Janeiro e São Paulo: Laemmert & C, 1896.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Ed. fac-similar, Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2001,

**O Clero no parlamento brasileiro** – Senado do Império. Tomo I. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982.

**O Clero no parlamento** brasileiro – Senado do Império. Tomo II. Brasília: Fundação Casa de Rui Barbosa. 1982.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.1, ano I, janeiro a abril, 1873.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.2, ano I, janeiro a abril, 1873.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 3, ano II, 1874.



**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.4, ano II, 1874.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.6, ano III, 1875.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.9, ano IV, 1876.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.10, ano IV, 1876.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.12, ano V, janeiro a abril, 1887.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 26, an IX, setembro a dezembro, 1881.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.33, ano XII, 1884.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.34, ano XII, maio a agosto, 1884.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.39, ano XIV, janeiro a abril, 1886.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.47, ano XVI, 1888.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.49, ano XVII, 1889.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 52, ano XVIII, 1890.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 53, ano 1890.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 54, ano XIX, 1891.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 55, ano XIX, 1891.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 56, ano XIX, 1891.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 62, ano XXI, 1893.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 64, ano XXII, 1894.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.65, ano XXII, 1894.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 71, ano XXIV, 1896.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.72, ano XXV, 1897.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v. 78, ano 1889.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.79, ano XXVII, 1899.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.89, ano XXX, 1902.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.96, ano XXXIII, 1905.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.98, ano XXXIII, 1905.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.100, ano XXXIV, 1906.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.101, ano XXXIV, 1906.

**O Direito:** Revista de legislação, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, v.108, ano XXXVII, 1909.

VIDE, Sebastião Monteiro da. **Constituições primeiras do arcebispado da Bahia**. São Paulo: Edusp, 2010.

## 6.2 Referências de Apoio.

ANTA, Marcelino Cabrereros de. **Derecho Canónico fundamental**. Madrid: Co. Cul. S.A., 1960.

ARAUJO, Danielle Regina Wobeto de. A almotaxaria e o direito na vila de Curitiba (1737-1828). **Dissertação de mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2011.

ASCARELLI, Túlio. **Osservazioni de diritto comparato privado brasiliano**. Milano: Giuffrè, 1952.

AZZI, Riolando. **D. Pedro II e a reforma do clero do Brasil**. In: Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro. p.22-44. Volume 314. Rio de Janeiro: Imprensa nacional. 1977.

\_\_\_\_\_. **D. Pedro II perante os institutos religiosos do Brasil**. In: Revista do Instituto Histórico Geográfico Brasileiro. p.124-151. Volume 316. Rio de Janeiro: Imprensa nacional. 1977.

BEOZZO, José Oscar (coord.) **História Geral da Igreja na América Latina: História da Igreja no Brasil**. V. 2,2: Segunda época: Século XIX. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

BERMAN, Harold J. **Direito e revolução, A formação da tradição Jurídica Ocidental**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BITTENCOURT, Circe (org.). **Dicionário de datas da história do Brasil**. São Paulo: Contexto, 2007.

CABRAL, Gustavo C. M.. **A lei da boa razão e as fontes do direito: Investigações sobre as mudanças no direito português do final do antigo regime**. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI. Fortaleza, 2010.

CANCE, Adriano; ARQUER, Miguel de. **El Código de Derecho Canónico**. Barcelona: Liturgica Española, 1933.

CAPPELLINI, Paolo. **Direito Comum**. Espaço Jurídico. Joaçaba, vol 9, n. 1, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/425/174>  
Acesso em: 14/07/2011.

\_\_\_\_\_. **Sistema Jurídico e Codificação**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVANNA, Adriano. **Storia del diritto moderno in Europa: le fonti e il pensiero giuridico**. Milão: Dott. <sup>a</sup> Giuffrè, 1982.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem e teatro de sombras**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 4<sup>a</sup> d., 2008.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, vol. 5.

COSENTINO, Francisco Carlos. **Governadores gerais do Estado do Brasil (séculos XVI-XVII): Ofício, regíenos, governação e trajetórias**. São Paulo. Annablume, 2009.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2010.

CROCETTI, Priscila Soares. **Ciência, ensino e código: Lentos, Elites e Direito Civil nos Albores da Faculdade de Direito do Paraná (1912-1945)**. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011,

ELIAS, Norbert. **A sociedade da Corte**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 71

\_\_\_\_\_. **O processo Civilizador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993. 2 v.

FEITLER, Bruno. **Nas malhas da consciência: Igreja e Inquisição no Brasil**. São Paulo: Alameda e Phoebus, 2007.

FERREIRA, Breezy Miyazato Vizeu. O direito matrimonial na segunda metade do século XIX: uma análise histórico-jurídica. **Dissertação de mestrado em direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2008.

FERREIRA, Gabriela Nunes e MOTA, Carlos Guilherme. **Os juristas na formação do Estado-nação brasileiro. Do século XVI a 1850.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. A cultura Jurídica Brasileira e a Questão da Codificação Civil no Século XIX. Site: <http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/9415/6507>. Acesso em: 16/11/2007.

\_\_\_\_\_. **A modernização frustrada:** a questão da codificação civil no Brasil do século XIX. In: Ana Carolina Brochado Teixeira e Gustavo Pereira Leite Ribeiro. (Org.). Manual de Teoria Geral do Direito Civil. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, v. , p. 13-34.

\_\_\_\_\_; SEELAENDER, Ailton Cerqueira Leite (orgs.). **História do direito em perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade.** Curitiba: Juruá, 2008.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** Curitiba: Juruá, 2009 (a).

\_\_\_\_\_. **O positivismo, “historiografia positivista” e história do direito;** In: Argumenta: revista do programa de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPE. Jacarezinho, p.143-166, 2009 (b).

\_\_\_\_\_. **Os Juristas e a Cultura Jurídica Brasileira na segunda metade do século XIX.** Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 35. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2006.

FRAGOSO, João; BICALHO, Maria Feranda; GUVÊA, Maria de Fátima. **O antigo regime nos trópicos: adinâmica imperial portuguesa (séculos XVI-XVIII).** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2ª ed., 2010.

GAUDEMET, Jean. **Storia del diritto canonico: Ecclesia et Civitas.** Roma: San Paolo, 1998.

GEROSA, Libero. **A interpretação da lei na Igreja: Princípios, paradigmas e perspectivas.** São Paulo: Loyola, 2005.

GHIRLANDA, Gianfranco. **O direito na Igreja: mistério de comunhão.** Aparecida: Santuário, 10 ed., 2007.

GOMES, Edgar da Silva. **A dança dos poderes: uma história da separação Estado – Igreja no Brasil.** São Paulo: D'escrever, 2009.

GROSSI, Paolo. **Aequitas Canonica.** Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 27. Milano. Dorr. A. Giuffré: 1998.

\_\_\_\_\_. **L'ordine giuridico medievale.** Roma: Laterza, 2003 (a).

\_\_\_\_\_. **Diritto Canônico e Cultura Giuridica.** Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 32. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2003(b).

\_\_\_\_\_. **Primeira Lição Sobre Direito.** Rio de Janeiro. Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mirologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Boiteux, 2ª ed., 2007.

\_\_\_\_\_. **O Direito entre o Poder e o Ordenamento.** Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

HESPANHA, António Manuel. **O Direito dos Letrados no Império Português.** Florianópolis: Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_. **Cultura jurídica européia: síntese de um milênio.** Florianópolis: Boiteux, 2009 (a).

\_\_\_\_\_. **Hércules Confundido, Sentidos impróprios e Incertos do Constitucionalismo Oitocentista: o caso português.** Curitiba: Juruá, 2009 (a).

\_\_\_\_\_. **Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX.** *Um ensaio de análise de conteúdo.* Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno 39. Milano. Dorr. A. Giuffré: 2010 (a).

\_\_\_\_\_. **A política perdida,** *Ordem e Governo Antes da Modernidade.* Curitiba: Juruá, 2010 (b).

\_\_\_\_\_. **Imbecilistas:** *As bem aventuranças da inferioridade nas sociedades do Antigo Regime.* São Paulo: Annablume, 2010 (c).

\_\_\_\_\_ (org.). **Justiça e Litigiosidade:** história e prospectiva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

HOLANDA, Sérgio Buarque de Holanda. **Raízes do Brasil.** São Paulo: Companhia das Letras, 26 ed., 2002.

KANTOROWICZ, Ernst H. **Os dois corpos do rei:** *um estudo sobre teologia política medieval.* São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LE GOFF, Jacques. **A civilização do ocidente medieval.** Bauru: Edusc, 2005.

\_\_\_\_\_; SCHMITT, Jean Claude (orgs). **Dicionário Temático do ocidente medieval.** Bauru. Edusc. 2006. 1 v. 73

\_\_\_\_\_; SCHMITT, Jean Claude (orgs). **Dicionário Temático do ocidente medieval.** Bauru. Edusc. 2006. 2 v.

\_\_\_\_\_. **História e Memória.** Campinas: Unicamp, 4ª ed., 2010.

LE MOS, Carlos Cesar. **O Casamento no Paraná,** séculos XVIII e XIX. Dissertação de mestrado em história, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1987.



LIMA, Mons. Maurílio Cesar de. **Igreja e Direito: introdução à história do Direito Canônico**. São Paulo: Loyola, 1999.

LUPI, João; DAL RI JUNIOR, Arno (orgs). **Humanismo Medieval: caminhos e descaminhos**. Ijuí: Unijuí, 2005.

LUSTOSA, Oscar de Figueiredo (Org.). **A Igreja Católica no Brasil e o Regime Republicano: um aprendizado de liberdade**. São Paulo: Ed. Loyola, 1990.

MANOEL, Ivan Aparecido. **O pêndulo da história: tempo e eternidade no pensamento católico (1800-1960)**. Maringá: Eduem, 2004.

MARRAMAO, Giacomo. **Poder e Secularização: as categorias do tempo**. São Paulo: Unesp, 1995.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. **A legislação Pombalina: alguns aspectos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2006.

MECCRELLI, Massimo; SOLIMANO, Stefano. A Colloquio con Paolo Grossi, in: **Forum Historiae Iuris**, mar. 2007, p. 4.

MONTE, João José de. **O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência**. Rio de Janeiro: v. 61, p. 499-506, anno XXI, maio a agosto, 1893.

NARVÁEZ H., José Ramon. **Cultura Jurídica: ideas e imágenes**. Cidade do México: Porrúa, 2010.

NEDER, Gizlene. **História & direito: jogos de encontros e transdisciplinaridade**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Ordenações Afonsinas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **Direito de família** – uma abordagem psicanalítica, Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

REGO, Raul. Mensagem de Abertura do Colóquio Internacional - Pombal Revisitado in **Pombal Revisitado**. Lisboa. Essampa Universitária: 1984.

RODRIGUES, Claudia. **Aspectos teóricos e metodológicos para uma análise da secularização das atitudes diante da morte no Rio de Janeiro oitocentista**. (Tese de doutorado em História Social). UFF-RJ, 2006.

ROMANO, Santi. **O Ordenamento jurídico**. Florianópolis: Boiteux, 2008.

SALDANHA, Nelson. **Da Teologia à metodologia**, secularização e crise no pensamento jurídico. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

STAUT JUNIOR, Sérgio Said. A posse no direito brasileiro da segunda metade do século XIX ao Código Civil de 1916. **Tese de Doutorado em direito da Universidade Federal do Paraná**. Curitiba, 2009.

VALLAURI, Luigi Lombardi e DILCHER, Gerhard. **Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno**. Milão: Giuffrè, 1981.

WEHLING, Arno; WEHLING, *Maria José C. M.* **Direito e justiça no Brasil colonial: o tribunal da Relação do Rio de Janeiro (1751-1808)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Formação do Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova fronteira, 4ª ed., 2005. 74

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 4ª ed., 2007.